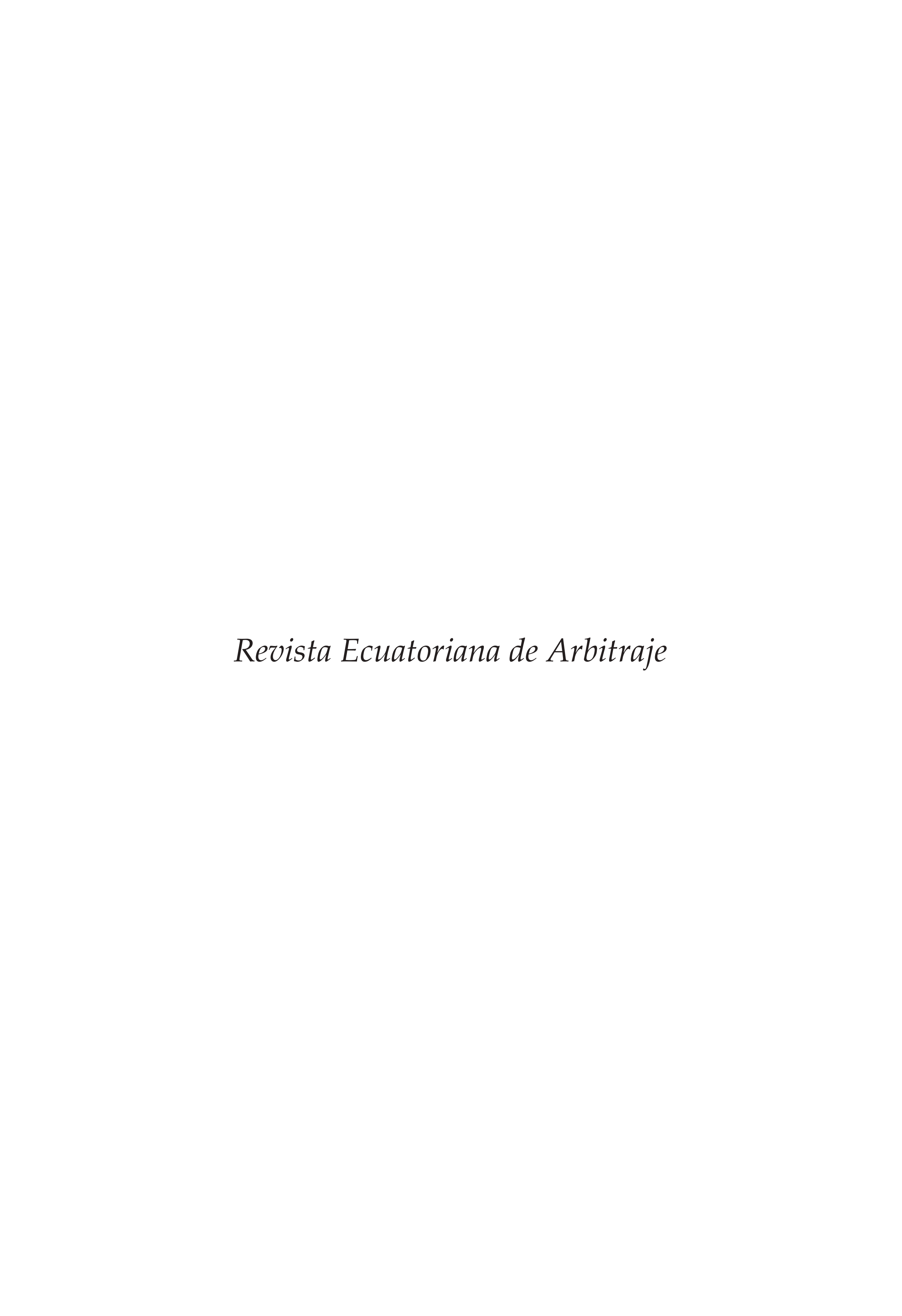
No. 7 2015

Revista Ecuatoriana de ARBITRAJE



Alegría Jijón
Blanca Gómez de la Torre
Camilo Muriel
Carla Cepeda
Damasia Escudero
Daniela Brit
Eduardo Carmigniani
Fabián Pozo
Francisco González de Cossío
Francisco Larrea
Hugo García
Ignacio Torterola
Jorje Zalles
Juan Eduardo Figueroa
Laura Ghitti
María del Carmen Crespo
Pablo Cevallos
Rodolfo da Costa
Thomas Alexandre de Carvalho



Revista Ecuatoriana de Arbitraje

Revista Ecuatoriana de Arbitraje

Séptima Edición



Quito - Ecuador
2016

Instituto Ecuatoriano de Arbitraje

Revista Ecuatoriana de Arbitraje

La Revista Ecuatoriana de Arbitraje (REA) nace en el año 2009 paralelamente con el Instituto Ecuatoriano de Arbitraje (IEA). La Revista constituye la consolidación del objetivo del IEA, promocionar y desarrollar la práctica del arbitraje en el Ecuador. De esta manera, se realiza una publicación anual con aportes de exponentes tanto nacionales como internacionales. Actualmente contamos con seis números disponibles.

Para más información:
- La versión digital puede ser encontrada en: http://iea.ec/revista-ecuatoriana-de-arbitraje/
- La guía de autores está disponible en: http://iea.ec/pdfs/GUIA_ESTILO_REA.pdf

Instituto Ecuatoriano de Arbitraje
Av. República de El Salvador y Naciones Unidas, Ed. Mansión Blanca, piso 8.
Telf: 4007800, ext. 5686.
E-mail: coordinador@iea.ec; revista@iea.ec; bernardamuriel@gmail.com; hgarcia@crcp.ec

Portada
Idea: Francesca Magnoler
Corrección y ajuste para imprenta: Ing. Roberto Cevallos

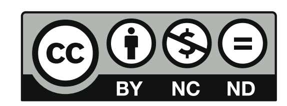
Revisión y Corrección Ortográfica
Staff Cevallos editora jurídica

Diseño editorial y Diagramación:



Ing. Roberto Cevallos Añasco
Diseñador Gráfico
@robcevallosa
cevallosluisroberto@gmail.com

Impresión: FR Ediciones
ISBN 13: 978-9978-392-79-9
Edición: Quito, 2016
Tirada: 300 ejemplares


cc
BY
NC
ND

CONTENIDO

1. Presentación

El Instituto Ecuatoriano de Arbitraje tiene el agrado de presentar el séptimo número de la Revista Ecuatoriana de Arbitraje, correspondiente al año 2015. La publicación de este número confirma los objetivos del IEA en cuanto a la difusión y discusión académica constante de temas relevantes relacionados con el arbitraje. Este propósito se puede lograr únicamente con la colaboración de autores nacionales e internacionales, que aportan con artículos objetivos e independientes. De esta manera, agradecemos también la participación de nuestros miembros y auspiciantes, sin los que resultaría imposible consolidar nuestro compromiso frente a la comunidad arbitral local e internacional mediante la publicación de esta edición.

Como todos los años, la revista se encuentra dividida en dos partes. La primera, una sección monográfica, dedicada a la relación entre el arbitraje y la inversión extranjera. Contamos con la contribución de Blanca Gómez de la Torre, quien nos plantea críticas al arbitraje de inversiones, y las posibles soluciones a las conflictos que este sistema atraviesa. Alegría Jijón, por su parte, realiza un profundo análisis respecto al fenómeno que actualmente conocemos como "huida del arbitraje de inversiones" o "backlash against investment arbitration". Ignacio Torterola y Damasia Escudero, realizan un cuestionamiento sobre los procedimientos paralelos en el caso del arbitraje de inversión. Asimismo, exponen las implicaciones desde un punto de vista procesal, mediante el estudio de dos casos de índole internacional. La contribución de Daniela Brit y Pablo Cevallos, comprende un minucioso análisis sobre la posibilidad de pactar nuevamente cláusulas arbitrales por parte las instituciones que componen la Función Ejecutiva, otorgada por la Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas y a la Inversión Extranjera, así como de los condicionamientos establecidos en la misma. Final-

mente, Laura Ghitti, nos presenta un panorama sobre las posibilidades que un inversor tiene de importar un mecanismo más favorable bajo la cláusula de la nación más favorecida en comparación al mecanismo previsto en el tratado bilateral de inversiones aplicable. Para estos efectos, la autora realiza un vasto análisis de los laudos arbitrales en dos momentos distintos.

La segunda sección, correspondiente a ensayos libres, comprende un análisis de diversas áreas en el arbitraje, en contextos tanto nacionales como internacionales. Eduardo Carmigniani, Hugo García y Carla Cepeda en su artículo analizan varios aspectos que se han visto afectados por las recientes reformas legales y decisiones jurisprudenciales, tales como la homologación y ejecución de laudos arbitrales, la admisibilidad del recurso de casación respecto a las sentencias de nulidad de los mismos, y los efectos derivados del Código Orgánico General de Procesos, partes no signatarias del convenio arbitral, entre otros. Camilo Muriel, realiza un análisis sumamente interesante respecto al criterio de la Corte Constitucional del Ecuador respecto al control constitucional sobre laudos arbitrales. De esta manera, se plantea un debate sobre la aplicabilidad de los recursos ordinarios disponibles, y la acción extraordinaria de protección prevista en la Constitución. A su vez, María del Carmen Crespo, nos ofrece un minucioso análisis sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros toda vez que el Código Orgánico General de Procesos entró en vigencia. Este artículo, sin duda ayudará a todo lector sobre el panorama actual del Ecuador respecto a este tema. Francisco Larrea, nos brinda un estudio sobre la arbitrabilidad de actos administrativos contractuales, tomando en consideración la potestad de acudir a arbitraje que tiene el Estado, y que el único límite de arbitrabilidad debería encontrarse en otra ley, o en el convenio arbitral. Por lo tanto, el autor establece la obligación de los árbitros de analizar la legalidad de esta potestad, para verificar que el principio de legalidad se cumpla. Por otro lado, el artículo de Fabián Pozo, es un profundo análisis sobre la relación entre el arbitraje y el derecho de la competencia, remitiéndose a jurisprudencia norteamericana y europea, toda

vez que en Ecuador no existe un pronunciamiento sobre este tema. Por su parte, Juan Eduardo Figueroa, aporta un análisis sumamente útil referente a las prácticas que todos los involucrados dentro de un arbitraje deben tomar en consideración para lograr una solución justa por parte del árbitro. Francisco González de Cossío, nos presenta un análisis práctico respecto a la tensión entre el principio compétence-compétence y la remisión al arbitraje. En un panorama internacional, Thomas Alexandre de Carvalho y Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo, nos presentan un escenario general actual sobre las modificaciones sufridas por la Ley Brasileña de Arbitraje. Finalmente, Jorje Zalles, contribuye con un análisis exhaustivo respecto al fallo emitido por la Corte Internacional de Justicia en enero de 2014, respecto a los límites marítimos entre Chile y Perú.

En este sentido, ponemos a su disposición el séptimo número de la Revista Ecuatoriana de Arbitraje, e invitamos a los profesionales del derecho a reflexionar a través de la lectura crítica y objetiva de cada uno de los artículos.

Eduardo Carmigniani

Presidente
Instituto Ecuatoriano de Arbitraje

Juan Manuel Marchán

Director
Instituto Ecuatoriano de Arbitraje

Hugo García Larriva

Director
Revista Ecuatoriana de Arbitraje

2. Sección

Monográfica

Críticas al arbitraje de inversiones y las soluciones a plantearse

*Blanca Gómez de la Torre**

Recibido/Received: 29/01/2016
Aceptado/Accepted: 19/08/2016

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** Las críticas al arbitraje de inversiones. **2.1** Consistencia. **2.2** Legitimidad. **3.** Reformas al arbitraje de inversiones. **3.1** La reforma a los tratados. **3.2** La inclusión de una fase de apelación dentro del Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones entre la Unión Europea y Estados Unidos. **4.** Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje de inversiones, reformas, inconsistencia, legitimidad, jurisprudencia.

KEYWORDS: Investment arbitration, amendments, inconsistency, legitimacy, case-law.

RESUMEN: El arbitraje de inversiones fue creado como un mecanismo para salvaguardar la confianza de los inversionistas en caso de existir conflictos respecto a sus inversiones. Sin embargo, este mecanismo ha presentado varias falencias por diversos motivos, tales como la falta de consistencia de las decisiones tomadas, el lenguaje amplio de los tratados de protección de inversiones, la imparcialidad de los árbitros, los costos que representa un proceso como este, y la legitimi-

* Abogada y Doctora por la Pontifica Universidad Católica del Ecuador. Directora Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje, Procuraduría General del Estado.

B. Gómez de la Torre, "Críticas al arbitraje de inversiones y las soluciones a plantearse", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 2015.

dad del sistema. Existen varias propuestas para dar solución a estos conflictos, no obstante, estas posibles soluciones reciben críticas y cuestionamientos de varios sectores. De esta manera, se analizarán los puntos expuestos con la finalidad de determinar si una reforma, realmente generaría un cambio.

ABSTRACT: The investment arbitration mechanism was created in order to protect the investor confidence in case of a dispute respect their inversion. Furthermore, this system has several miscalculations, such as the inconsistency regarding the decisions taken by different tribunals, arbitrators impartiality, the high costs this procedure takes, and its legitimacy. As a response, possible amendments were suggested; nonetheless, they are criticized as well. In order to determine if investment arbitration system can apply them or not, miscalculations previously mentioned will be analyzed, including the possible solutions.

1. Introducción

El arbitraje de inversiones nace como una alternativa a la desconfianza generada para los inversionistas de que los conflictos que se generen por su inversión sean manejados por los órganos jurisdiccionales del país receptor de la inversión, transformándose este Estado en juez y parte del conflicto posiblemente originado por el mismo. A eso se añade, la desconfianza del país receptor de la misma a que este conflicto sea juzgado por leyes extrañas en jurisdicción del país emisor de la inversión. Se trata entonces de adaptar al tratamiento de las inversiones un sistema de resolución de conflictos que había funcionado bien para los comerciantes, el arbitraje comercial confidencial *ad hoc*, el que para cuestiones de fondo y por la propia dinámica de la actividad comercial no contempla la posibilidad de que los Estados ejerzan control jurisdiccional a través de mecanismos como la apelación. Asimismo, este nuevo mecanismo tiene la posibilidad de tener sus propias reglas originadas en los tratados que para el efecto

celebrarían los Estados interesados en ofrecer esta alternativa a los inversionistas.

Esta propuesta que sonaba razonable en los años cincuenta, en su implementación y resultados ha generado una serie de críticas en vista de que aquellos tratados que supuestamente, constituyen su columna vertebral fueron redactados en sus inicios con proposiciones vagas y términos amplios que han sido interpretados muchas veces más allá de la voluntad del Estado involucrado en la disputa de inversiones. Asimismo, los tribunales arbitrales al constituirse en órganos aislados cuyas decisiones son finales y no pueden ser objeto de revisión posterior han gozado de una discrecionalidad que les ha permitido inconsistencias en sus decisiones e interpretaciones que van más allá de sus potestades invadiendo campos reservados para las políticas públicas de los Estados.

Todo ello, ha generado una creciente crítica a la legitimidad y conveniencia de esta herramienta de resolución de conflictos, y ante ello se plantean alternativas como su abandono definitivo o una indispensable reforma. Sin embargo, esta reforma no es fácil pues al ser un mecanismo atomizado originado en más de 3271[1] tratados de protección de inversiones suscritos en más de cincuenta años de desarrollo de la herramienta, su cambio involucra la enmienda del mismo número de tratados y nuevamente, la prueba y error de esta nueva normativa.

Un número creciente de países proponen la implementación de un sistema de apelación que permita que la inconsistencia que se constituye en el mayor pecado de este mecanismo se supere gracias al control y supervisión de un segundo juzgador, pero esto también conlleva sus riesgos y detractores. Así se proponen alternativas como Tribunales permanentes o Tribunales constituidos específicamente para el efecto. Esta posibilidad, conlleva nuevos gastos, nueva institucionalidad y mayor tiempo para la resolución definitiva del conflicto.

1. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), "Reforming International Investment Governance" *World Investment Report*, 2015, p. 121.

En el año 2015 se genera por parte de la Comisión de Comercio de la Unión Europea una propuesta de texto a ser incorporado al Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones entre la Unión Europea y Estados Unidos (TTIP) que ha generado una serie de opiniones y críticas sobre la forma en que se plantea el mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados, denominado *Investment Court System* (ICS) tal mecanismo que contempla entre otras innovaciones una posibilidad de apelación ante una Corte de Jueces creada por este mismo tratado será analizado en el desarrollo del presente trabajo.

2. Las críticas al arbitraje de inversiones

Si nos atenemos a los números, de acuerdo a las estadísticas de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo de 2015[2], hasta finales del 2014, los inversionistas han iniciado 608 casos de arbitraje inversionistas-Estado basados en los Tratados de Protección de Inversiones, se ha demandado a 99 países, 70% de estos casos se han iniciado contra países en desarrollo y el 80% de ellos se refieren a reclamos de inversionistas de países desarrollados. Adicionalmente, en estos últimos años se han incrementado los casos contra Estados desarrollados. Los montos reclamados por caso alcanza en promedio los mil millones de dólares de los Estados Unidos de América. Con esto en mente, el discurso público acerca de la utilidad y legitimidad del arbitraje de inversiones llega a uno de sus puntos más altos, especialmente en el contexto de importantes negociaciones de acuerdos que se encuentran en discusión como es el caso del ya referido TTIP.

En este contexto, pasaremos a examinar dos puntos principales: 1) Consistencia en las decisiones y 2) legitimidad.

2. Ídem, p. 146.

2.1 Consistencia[3]

La inconsistencia en las decisiones es un problema cada vez más creciente en el arbitraje de inversiones. El hecho de que existan procedimientos paralelos y que las excepciones de litis pendencia y cosa juzgada tengan una aplicación limitada son factores que permiten este fenómeno.

Entendemos por inconsistencia la situación en que diferentes tribunales llegan a diferentes conclusiones a pesar de existir similitudes en los hechos y el derecho aplicable a los casos[4]. Existen situaciones tales como CMS c. Argentina y LG&E c. Argentina relacionados al estado de necesidad[5], o el paradigmático CME c. República Checa y Lauder c. República Checa denominados por el Profesor August Reinisch como "el último fiasco del arbitraje de inversiones"[6].

Existe una serie de escenarios en donde pueden darse decisiones inconsistentes. El primero de ellos puede darse por la similitud de hechos, la misma ley aplicable y conclusiones legales diferentes en alguno de los puntos resueltos. Un segundo escenario puede darse frente a hechos similares, similar ley aplicable y una decisión conflictiva relacionada a uno de los elementos decididos en el arbitraje. Inclusive la inconsistencia puede darse en

3. B. Gómez de la Torre, The Practice of International Arbitration: Ecuador´s Perspective, UCL, 11 de noviembre de 2014.
4. J. Vinaules and F. Spoorenberg, "Conflicting decisions in international arbitration", in *The law and practice of international courts and tribunals*, 2009, p. 92.
5. Las diferentes conclusiones encontradas en el asunto de estado de necesidad en los laudos de CMS y LG&E proveen una clara ilustración del efecto destructor de tal contradicción. Como una reacción a la crisis económica argentina que transcurrió desde el año 1999, el gobierno decidió suspender el ajuste tarifario semestral por IPP y congelar las tarifas de distribución de gas. Estas medidas llevaron a un número de inversionistas norteamericanos en el sector del gas, entre los que estaban CMS Gas Transmission Company (CMS) y LG&E Energy Corporation, a iniciar arbitrajes bajo las reglas Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Tanto en el caso CMS como en el LG&E el gobierno argentino se amparó en estado de necesidad como un eximente de responsabilidad de Estado previsto en el derecho argentino, el derecho internacional y en el propio TBI entre Argentina y Estados Unidos. En ambos casos, el derecho argumentado era el mismo. Los dos tribunales alcanzaron, sin embargo conclusiones diferentes. Mientras en el laudo de CMS se rechazó el argumento, en el laudo de LG&E se lo admitió parcialmente.
6. A. Reinisch, "The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: The Threat of Fragmentation v. the Promise of a More Effective System? Some Reflections From the Perspective of Investment Arbitration", en *International Law between Universalism and Fragmentation–Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leiden–Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 107-125.

casos en que el derecho aplicable no sea similar, pero en el que los principios de derecho aplicados reciban una diferente interpretación en la conclusión frente a hechos similares.

El no poder contar con decisiones similares a situaciones similares ya sea de hecho o de derecho afecta la previsibilidad de estas y su autoridad y consecuentemente pone en riesgo la coherencia y la confianza de este mecanismo.

Sabemos que no existe la aplicación obligatoria de la jurisprudencia en el arbitraje de inversiones, y tal como en el caso Daimler c. Argentin[7] a el Tribunal estableció que probablemente nunca existiría tal obligación "dada la gran cantidad y diversos tratados aplicables a las diferentes demandas Inversor-Estado". Sin embargo, el propio Tribunal también indicó que "es un principio fundamental que casos similares sean decididos de manera similar" a menos que exista una razón suficientemente fuerte que diferencie este caso de los anteriores".

Irónicamente, en este mismo asunto, podemos encontrar decisiones inconsistentes. Existen tribunales que han rechazado firmemente la aplicación de la jurisprudencia. En el caso AES c. Argentina[8] Decisión de Jurisdicción, el Tribunal sostuvo que no existe tal regla de aplicación del precedente en el derecho internacional; así como tampoco en el sistema CIADI. El Tribunal en Enron c. Argentina[9] sostuvo que las decisiones CIADI y las de otros tribunales arbitrales no son una fuente primaria de derecho, por tanto, no son obligatorias para otros casos. En el caso Wintershall c. Argentina[10] al citar el artículo 53[11] del Convenio CIADI,

7. CIADI, *Daimler Financial Services AG c. Argentine Republic*, Laudo, Caso No. ARB/05/1, 22/10/2012, párr. 52.
8. CIADI, *AES Corporation c. Argentine Republic*, Decisión de Jurisdicción, Caso No. ARB/02/17, 26/04/2005, párr. 23.
9. CIADI, *Enron Creditors Recovery Corporation (anterior Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina*, Decisión de Jurisdicción, Caso No. ARB/01/3, 14/01/2004, párr. 40.
10. CIADI, *Wintershall Aktiengesellschaft c. República de Argentina*, Laudo, Caso No. ARB/04/14, 8/12/2008, párrs. 187 y 194.
11. CIADI, Artículo 53(1) El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio. (2) A los fines previstos en

el Tribunal indicó que el *stare decisis*[12] no tiene aplicación en las decisiones de los Tribunales CIADI, ya que cada Tribunal se ha constituido *ad hoc* para decidir la disputa entre las partes. El Tribunal BIVAC c. Paraguay, citando nuevamente el artículo 53(1) del Convenio CIADI, indicó que las decisiones solo son obligatorias entre las partes involucradas y que el Tribunal no se encuentra sujeta a ellas como jurisprudencia obligatoria.

Otros, aunque no asumen una doctrina formal de jurisprudencia obligatoria, imponen a los árbitros la obligación de esforzarse por ser consistentes. La decisión en jurisdicción en el caso Burlington Resources v. Ecuador[13], avaló el concepto de que los tribunales

> […] no está[n] obligado[s] a seguir decisiones anteriores. Al mismo tiempo, considera que debe prestar la debida atención a las decisiones anteriores de los tribunales internacionales. La mayoría cree que, sujeto a motivos convincentes en contrario, tiene el deber de adoptar soluciones establecidas en una serie de casos consistentes. Cree asimismo que, sujeto a las particularidades de un tratado determinado y de las circunstancias del caso, tiene el deber de intentar contribuir al desarrollo armonioso del derecho de inversión, satisfaciendo de este modo las expectativas legítimas de la comunidad de Estados e inversores hacia la seguridad jurídica que emana del estado de derecho. El árbitro Stern no percibe el rol de los árbitros de la misma manera ya que considera que es su deber decidir cada caso de acuerdo a sus propios méritos, con independencia de cualquier tendencia jurisprudencial aparente.

El Tribunal en el caso EDF c. Argentina[14] decidió que tenía la obligación de mejorar la interpretación del lenguaje comparable aplicado a patrones similares de hechos, promoviendo con ello

---

esta Sección, el término "laudo" incluirá cualquier decisión que aclare, revise o anule el laudo, según los Artículos 50, 51 o 52.

12. Locución latina que se traduce como jurisprudencia vinculante.
13. CIADI, *Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador*, Decisión de Jurisdicción, Caso No. ARB/08/5, 2/06/2010, párr. 100.
14. CIADI, *EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. República de Argentina*, Laudo. Caso No. ARB/03/23, 11/06/2012, párr. 897.

las expectativas legítimas tanto de los Estados cuanto de los inversionistas extranjeros.

Finalmente, han existido Tribunales que han puesto énfasis en la necesidad de seguir la jurisprudencia constante, cuando tal fenómeno ha surgido. El Tribunal de Quasar de Valors c. Rusia[15] indicaron que los árbitros se mostrarían renuentes a separarse de una proposición seguida por una serie de decisiones ampliamente razonadas, reflejando una jurisprudencia constante. En el caso Impregilo c. Argentina[16], la mayoría del Tribunal consideró que "sería desafortunado si los argumentos de valoración de [...nación más favorecida] dependieran en cada caso de las opiniones personales de cada árbitro" y "la mejor forma de evitar tal resultado es hacer la determinación en base a los precedentes jurisprudencial es cuando encontremos un claro precedente que sea aplicable". En Daimler c. Argentina[17], el Tribunal consideró que uno de los factores relevantes para determinar si se siguen decisiones anteriores es el grado en el cual una clara jurisprudencia ha surgido constantemente en relación a un específico punto de derecho.

Un problema particular puede surgir cuando nos enfrentamos a procesos paralelos que se refieren a hechos y derechos similares, donde la probabilidad de llegar a decisiones inconsistentes es por lo menos alta.

Un caso concreto es el que enfrenta el Ecuador en los procesos Burlington Resources c. Ecuador y Perenco c. Ecuador, en donde ambos arbitrajes tratan sobre los mismos hechos; ambos casos versan sobre los mismos bloques petroleros: 7 y 21; y ambos casos conciernen los mismos contratos de participación.

15. SCC, *Quasar de Valors SICAV S.A. et al. (Formerly Renta 4 S.V.S.A et al.) c. Russian Federation*, Award on Preliminary Objections, Case No. 24/2007, 20/03/2009, párr. 16.
16. CSID, *Impregilo S.p.A. c. Argentine Republic*, Award, Case No. ARB/07/17, 21/06/2011, párr. 108.
17. ICSID, *Daimler Financial Services AG c. Argentine Republic*, Award, Case No. ARB/05/1, 22/08/2012, párr. 52.

A pesar de dichas similitudes, es innegable que, entre otras diferencias, sobresalen dos contradicciones mayores entre las dos decisiones:

Por una parte, los tribunales han interpretado las Cláusulas de Renegociación de los Contratos de Participación para los Bloques 7 y 21 de manera diferente. Mientras que el tribunal Burlington llegó a la conclusión de que dichas cláusulas imponen la obligación de adoptar automáticamente un factor de corrección cada vez que el Estado promulgue algún nuevo tributo, el Tribunal Perenco concluyó que dicho factor de corrección solamente debe ser adoptado si el nuevo tributo afecta la economía del contrato de participación.

Por otra parte, las conclusiones de ambos tribunales son diametralmente opuestas en lo tocante al abandono de los Bloques 7 y 21 por parte del Consorcio Perenco / Burlington y la consecuente intervención del Estado. Mientras que, para el tribunal Burlington, la intervención del Ecuador en dichos Bloques ante su abandono por la Contratista debe ser calificada de "expropiación ilegal", el Tribunal Perenco llegó a la conclusión que la intervención de Ecuador en los Bloques fue totalmente legítima.

Sin duda, los casos Perenco y Burlington, se convertirán en un *cas d'école* de los riesgos inherentes a arbitrajes que, sobre los mismos asuntos, se desarrollan paralelamente.

Más allá de estas interpretaciones erróneas en estos dos casos paralelos, también encontramos decisiones inconsistentes en relación a la cualificación de la ley 42 en tres casos importantes para la República del Ecuador: *Occidental, Burlington y Perenco.*

En vista, del imprevisto incremento de los precios del petróleo a partir del 2002 se generó un desequilibrio en los contratos petroleros a nivel mundial, en vista de ello el Ecuador buscó renegociar los contratos vigentes a efectos de lograr términos más equitativos en los mismos. En respuesta a la negativa de las com-

pañías petroleras a la renegociación, el 1 de marzo de 2006, el gobierno propuso una ley reformatoria para re-establecer el equilibrio económico de los contratos de participación. La ley contemplaba una participación de al menos el 50% de las utilidades extraordinarias para el Estado, desde el punto en que el precio del petróleo excediera el precio contemplado en el contrato respectivo. Finalmente, el gobierno de Ecuador subió el porcentaje del 50% al 99%. Como resultado de ello, muchos de los contratos de participación fueron renegociados. Aquellos inversionistas renuentes a renegociar el contrato, iniciaron arbitrajes en contra del Ecuador alegando violaciones a los contratos y a los correspondientes Tratados de Protección de Inversiones.

Tres diferentes Tribunales han conocido los asuntos relativos a la ley 42, y un caso está todavía por resolverse. Los primeros son los Tribunales que manejan los casos de 1) Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. la República de Ecuador, 2) Burlington Resources Inc. c. la República de Ecuador, y, 3) Perenco Ecuador Ltd. c. la República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador). Estos Tribunales llegaron a conclusiones diferentes en al menos dos puntos como son la caracterización y la naturaleza de la ley 42 y sus efectos y consecuente legalidad.

En referencia a la naturaleza de la Ley 42 el Tribunal Occidental[18] sostuvo que:

> A los fines de caracterizar la Ley 42, es suficiente para el Tribunal concluir, como lo hace ahora, que la participación de Ecuador en virtud de la Ley 42 "en los excedentes de los precios de venta de petróleo no pactados o no previstos" no constituye una regalía, ni un impuesto, ni un gravamen ni ninguna otra medida tributaria en los términos del Contrato de Participación. Es, como su título lo indica, una decisión unilateral del Congreso Ecuatoriano para asignar al Estado Ecuatoriano un porcentaje definido de los ingresos obtenidos por compa-

18. CIADI, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. República de Ecuador*, Laudo, Caso No. ARB/06/11, párrs. 509-510.

ñías contratistas que, como OEPC, son titulares de un contrato de participación.

Por su parte el Tribunal Burlington[19] decidió que:

Un comentario final al respecto aborda la naturaleza del impuesto en cuestión. El impuesto de la Ley 42 es un impuesto sobre las llamadas ganancias extraordinarias, es decir un impuesto que se aplica a las ganancias del petróleo superiores a las que estaban vigentes cuando se suscribieron los CP. Por definición, parecería que un impuesto tal no tiene un impacto sobre la inversión como un todo, sino solo sobre una parte de las ganancias. Asumiendo que sus efectos concuerdan con su nombre, es poco probable que un impuesto sobre las ganancias extraordinarias resulte en la expropiación de una inversión.

En comparación el Tribunal Perenco[20] decidió que:

En resumen, con respecto a su efecto económico, el hecho de que obligaba el pago de dinero al Estado de conformidad con una fórmula determinada, y la definición contemporánea de Perenco de la Ley 42 como un tributo sobre el que aplicaban las cláusulas de modificación tributaria de los Contratos, el Tribunal considera que la Ley 42 debe ser tratada como una medida tributaria.

En este punto y relacionado al mismo hecho, esto es, la caracterización de la ley 42, el Tribunal de Occidental concluyó que la Ley 42 era una modificación unilateral de los términos del contrato, el Tribunal Perenco sostuvo que la Ley 42 era una medida tributaria sobre la que se aplicaban las cláusulas de modificación tributaria del contrato, y finalmente, el Tribunal Burlington decidió que la Ley 42 era un impuesto a las ganancias extraordinaria y como tal no afectaba el equilibrio económico del contrato.

19. CIADI, *Burlington Resources Inc. v. República de Ecuador*. Decision de responsabilidad, Caso No. ARB/08/5 [(anterior Burlington Resources Inc. y otros v. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)], párr. 404.
20. CIADI, *Perenco Ecuador Ltd. v. La República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Decisión en asuntos remanentes de Jurisdicción y Responsabilidad, Caso No. ARB/08/6, párr. 377.

Ahora, en referencia al efecto de la ley 42 y su legalidad, los tres Tribunales también llegaron a diferentes conclusiones. De acuerdo al Tribunal Occidental, la Ley 42 –tanto al 50% cuanto al 99%– incumple la legítima expectativa del demandante y por tanto quebranta el estándar de trato justo y equitativo previsto en el Tratado de Protección de Inversiones entre Ecuador y Estados Unidos de América. En contraste, el Tribunal Perenco decidió que la promulgación de la Ley 42 no quebrantó la obligación de trato justo y equitativo contenida en el TBI entre Ecuador y Francia, sin embargo, el haber incrementado el porcentaje del 50% al 99% si lo hizo. Por otro lado, el Tribunal Burlington sostuvo que la ley 42 –ya sea al 50% o al 99%– no afectó el valor de la inversión, por tanto Ecuador no expropió la inversión de Burlington pero si quebrantó el estándar de trato justo y equitativo contemplado en el TBI Ecuador-Estados Unidos.

2.2 Legitimidad

Sin embargo, la inconsistencia de las decisiones no es el único problema que enfrenta el arbitraje de inversiones. Otro de los problemas detectados surge del lenguaje vago y amplio constante en su norma prima (los tratados de protección de inversiones) que ha permitido a los inversionistas desafiar la normativa interna en áreas como el medio ambiente, energía y las políticas de salud. Esto sumado a la inconsistencia de las decisiones ha generado incertidumbre y desconfianza en los Estados acerca de cómo los Tribunales interpretarán estos términos en la realidad.

Ciertamente, muchos de los reclamos iniciados por los inversionistas en contra de Estados soberanos se dirigen a actos concretos. Sin embargo, cada vez más se dan casos en que los inversionistas desafían la legislación general del país anfitrión. Este fenómeno ha originado una tensión permanente entre los derechos de los inversionistas y las políticas públicas que pueden ser resueltos en detrimento del interés público.

Aunque el interés público puede ser tomado en cuenta en la decisión arbitral, se debe considerar que los acuerdos de protección de inversiones se enfocan casi exclusivamente en los intereses del inversionista y otorgan a los inversionistas extranjeros más derechos en relación a la resolución de sus conflictos que a los inversionistas nacionales, exponen a los Estados a un riesgo de "paralización regulatoria" en la actividad política del Estado.

El que el arbitraje de inversiones se use cada vez más como una herramienta para proteger los intereses del inversionista en contra de "riesgos políticos" y políticas públicas de los Estados se ve en casos como aquel iniciado en contra de Alemania ante un Tribunal CIADI por parte del proveedor de energía de Suecia, Vattenfall[21] a causa de las restricciones onerosas para una planta de energía, que infringían las promesas hechas inicialmente y las expectativas legítimas del inversionista.

Otro caso importante en este sentido es el iniciado en contra de Uruguay por la compañía Philipp Morris ante un Tribunal CIADI[22], al haber Uruguay promulgado una ley que requería que las advertencias contra el consumo de cigarrillos cubriera el 80% de los empaques de los cigarrillos. También prohibía a las compañías etiquetar sus productos como "light" o "suaves".

Esto origina preguntas sobre la legitimidad de este mecanismo, preguntas que han sido realizadas cada vez más en el consenso mundial sobre si un Tribunal, designado mediante un proceso *ad hoc* puede tener la legitimidad suficiente como para desafiar la validez de los actos Estatales y sus consideraciones al resolver temas de alta sensibilidad política y social.

Más allá de ello, existen otros cuestionamientos al mecanismo como: en primer lugar, la independencia e imparcialidad de los árbitros y en segundo lugar, los costos y tiempo empleados en cada arbitraje.

21. CIADI, *Vattenfall AB y otros c. República Federal de Alemania*, Caso No. ARB/12/12.
22. CIADI, *Philip Morris Brand Sàrl (Suiza), Philip Morris Products S.A. (Suiza) y Abal Hermanos S.A. (Uruguay) c. República Oriental de Uruguay*, Caso No. ARB/10/7.

En referencia al primero, estas discusiones se originan en el hecho de su forma de designación evaluando simpatías y antipatías hacia los casos. Su interés de ser designados nuevamente en casos futuros y el hecho de que muchos de ellos juegan un doble papel en el mecanismo, siendo algunas veces árbitros y otras abogados de parte. Al respecto, se ha observado la creación de una comunidad cerrada formada por árbitros expertos, en un reciente estudio realizado por Sergio Puig, se revela una densa red que refuerza los estándares predominantes y comportamientos que aíslan a sus más importantes miembros de la influencia externa[23].

En relación al segundo, los costos de los procedimientos de arbitraje son elevados. Así, los Estados deben soportar una carga presupuestaria elevada para ejercer su defensa, eso sumado al hecho de que un proceso arbitral de inversiones puede durar mucho más que un proceso doméstico si tomamos en cuenta que no existe fase de apelación, deslegitimiza más el mecanismo. A modo de ejemplo y utilizando para ello, un método de cálculo disponible en la red[24], un arbitraje CIADI cuyo monto en discusión asciende a la suma de US$ 500'000.000,00, con un Tribunal compuesto por tres árbitros, con un nivel de complejidad medio y con abogados corporativos americanos puede llegar a costar a cada parte US$ 3'964.456,90 y puede tener una duración de 4 años.

3. Reformas al arbitraje de inversiones

Ante esta serie de problemas se han planteado varias soluciones como**:** **i)** acudir a las interpretaciones oficiales de los tratados; **ii)** Laudos preliminares; **iii)** Apelación en cada TBI; **iv)** Instancia de apelación.

En referencia a acudir a las interpretaciones oficiales de los tratados a efectos de unificar los conceptos utilizados en los mismos[25], esta opción permite que sean los propios Estados suscrip-

23. S. Puig, "Social Capital in the Arbitration Market", *The European Journal of International Law*, Vol. 25 (2), p. 390.
24. Véase <https://goo.gl/G2Yg3l>.

tores quienes definan su intención al suscribir los mismos, sin embargo, esta solución enfrenta dos problemas, el primero de ellos radica en que los dos Estados deben requerir su interpretación, para así acudir al mecanismo contemplado en la Convención de Viena para la interpretación de los Tratados[26], situación muy difícil en casos en los que se encuentra un arbitraje en marcha cuyo resultado se vería afectado por este mecanismo[27] y el segundo es que la única forma de obviar esto, es que en el propio tratado se contemple la posibilidad de un mecanismo de interpretación regulado que opere de manera inmediata, esto es, una cláusula similar a la constante en el NAFTA que cree una instancia especialmente diseñada para ello, sin que requiera transitar hacia la anuencia de los países requeridos.

La segunda alternativa sería simular la experiencia de la Comunidad Europea para la aplicación de su ley comunitaria, y que consiste en someter a un tribunal permanente decisiones sobre cuestiones preliminares durante el proceso y de esta manera ir encauzando el laudo final, nuevamente para la implementación de este mecanismo se requeriría de la reforma necesaria a los tratados a efectos de que sea contemplada, con el requerimiento adicional de que para ello debería definirse de manera exhaustiva cómo funcionaría dicho tribunal permanente.

La tercera opción consiste en establecer en cada TBI un sistema de apelación a efectos que una vez dictado el laudo correspondiente, de existir apelación se constituya un Tribunal para el efecto. Esta opción conlleva varios problemas y riesgos, el primero de ellos es la necesaria reforma de los tratados para su inclusión y la segunda es que no se solucione la inconsistencia que genera tal medida ya que cada órgano de apelación podría emitir decisiones diferentes.

---

25. Un ejemplo de ello es los provisión constante en el artículo 1131 (2) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA 1994) que prevé que las interpretaciones efectuadas por Comisión de Libre Comercio, compuesta por tres ministros de comercio de distintos Estados miembros, son obligatorias.
26. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).
27. Caso Ecuador c. EEUU, en donde el pedido de Ecuador falló en vista del silencio del gobierno de los Estados Unidos de América.

Finalmente, se plantea la posibilidad de crear algún procedimiento de apelación a través de la creación de una Corte Permanente de Arbitraje de Inversiones. Esta iniciativa sería viable en acuerdos multilaterales como es el caso del CIADI, al respecto la Secretaría del CIADI describió un posible mecanismo de apelación en un documento emitido en octubre de 2014[28] en donde propone establecer Tribunales de árbitros permanentes que se encargarían de conocer las apelaciones interpuestas por las partes afectadas, dicho mecanismo enfrenta nuevamente varios problemas para su implementación. En primer lugar el incremento en duración de los arbitrajes y los costos inherentes a ello; en segundo, la necesidad de que para su implementación se cuente con una renegociación de los términos de los acuerdos de arbitraje vigentes.

3.1 La reforma a los tratados

Todo ello ha planteado una necesidad cada vez más creciente de darle legitimidad al mecanismo a través de la reforma de este desde su origen, esto es, ir directamente hacia la incorporación en los tratados de protección de inversiones de puntos específicos como desarrollo sostenible y definiciones claras y precisas sobre los términos de protección a los inversionistas como: inversión, trato justo y equitativo, expropiación indirecta, nación más favorecida y excepciones para ellas como políticas públicas, seguridad nacional, crisis de balanza de pagos, derechos humanos, derechos de comunidades indígenas, medio ambiente. Se ha planteado también como una alternativa la creación de una Corte permanente de apelaciones en inversiones que coexista con el mecanismo de resolución de conflictos inversionistas-Estado establecido en los diferentes TBI y Acuerdos de Comercio[29].

28. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, Disccussion Paper, 22/10/2004. Véase <https://goo.gl/aXrxiS>.
29. Temas tratados en la conferencia de la UNCTAD sobre *"La Transformación del Régimen Internacional de Acuerdos sobre Inversiones"*, celebrada del 25 al 27 de febrero de 2015 en Ginebra.

En seguimiento a ello, la UNCTAD ha planteado la opción de reformar el mecanismo existente de arbitraje *ad hoc* para disputas inversionista-Estado y ha contemplado las siguientes opciones:

- Mejorar el proceso arbitral.- Haciéndolo cada vez más transparente y coordinado, desalentando la presentación de reclamos infundados y tomando en cuenta las preocupaciones acerca del nombramiento de los árbitros y sus potenciales conflictos.
- Limitar el acceso a los inversionistas.- Reduciendo las materias objeto de reclamo, fijando límites de tiempo, previniendo el abuso de las compañías de papel.
- Usar filtros para canalizar casos sensibles a solución de controversias Estado-Estado.
- Introducir la obligación de litigar localmente como una condición previa para acudir al arbitraje internacional.
- Introducir el sistema de apelación, ya sea bilateral, regional o multilateral.
- Crear una Corte Internacional de Inversiones.
- Reemplazar el arbitraje internacional de inversiones por soluciones de controversias Estado-Estado.
- Reemplazar el arbitraje internacional de inversiones por soluciones de controversias domésticas.

Esta propuesta para ser canalizada involucra nuevas negociaciones de tratados vigentes, negociaciones que en muchos casos involucran fuertes acercamientos políticos para que sean concluidas, a más de ello, envuelven un renunciamiento por parte de los inversionistas, con una gran capacidad de cabildeo político, a derechos que ya han conquistado en los tratados ya suscritos.

3.2 La inclusión de una fase de apelación dentro del Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones entre la Unión Europea y Estados Unidos

Varias razones jurídicas, económicas y políticas generan el surgimiento de una tesis, cada vez más sólida, para incluir el recurso de apelación que permita recurrir de la resolución de la decisión arbitral, en el caso del TTIP se busca incluir un mecanismo bilateral similar al de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

La Comisión ha recibido una sugerencia del parlamento europeo en el sentido de:

> sustituir el mecanismo de resolución de litigios entre inversores y Estados por un nuevo sistema para resolver las diferencias entre los inversores y los Estados que esté sujeto a los principios y el control democráticos, en que los posibles asuntos sean tratados de forma transparente por jueces profesionales, independientes y designados públicamente en audiencias públicas, y que incluya un mecanismo de apelación en el que se garantice la coherencia de las decisiones judiciales, se respete la jurisdicción de los tribunales de la UE y de los Estados miembros, y los intereses privados no puedan menoscabar los objetivos en materia de políticas públicas[30].

Al respecto, el texto propuesto por la Comisión pretende cubrir entre otros los siguientes puntos[31]:

1. **Normas claras aplicadas por jueces imparciales a través de un proceso transparente y neutral de interés de los Estados y los inversores**
   - La propuesta de la UE aclara el contenido de las normas sustantivas de protección y la forma en que se preserva cabalmente el derecho de regular en el interés público. Esto representa una mayor seguridad jurídica para los inversores y los gobiernos. Los gobiernos pueden regular en el interés público. Los inversores también pueden benefi-

30. A. Guamán, *TTIP: El asalto de las multinacionales a la democracia*. Ediciones, 1ra. Ed., Akal, 2015.
31. Boletín de prensa emitido por la Comisión Europea, noviembre de 2015.

ciarse de normas más claras, ya que estarán protegidos contra posibles abusos (por ejemplo, la expropiación sin compensación, acoso, etc.) y evitarán la pérdida de tiempo y recursos al tratar de conseguir casos que no valen la pena.

- Al igual que el arbitraje internacional, el Sistema Judicial de Inversiones (ICS, por sus siglas en inglés) prevé una sede neutral para el arreglo de diferencias relativas a inversiones.

2. Un sistema de resolución de controversias de inversión con costos más eficientes y con más celeridad

- El sistema tiene plazos procesales claros para garantizar la solución de controversias rápida y para mantener los costos bajos. En las controversias de inversión, los principales costos para las partes involucradas en un conflicto son los honorarios de abogados externos (asesores jurídicos), que representan alrededor del 80% de los costes totales de una disputa. Aquí las normas sustantivas claras ayudarán a mantener controlados los reclamos - y por lo tanto el nivel de litigios.
- Los procedimientos generales con arreglo al ICS, incluyendo la apelación, se limitan a 2 años (el Tribunal de Primera Instancia debe decidir dentro de los 18 meses y el Tribunal de Apelaciones dentro de los 6 meses).

A modo de comparación, la duración promedio de los procedimientos en virtud de los tratados de inversión existentes es de 3 a 4 años, y la anulación (por razones de procedimiento) podría añadir alrededor de otros 2 años, lo que significa que la duración total a menudo es de alrededor de 6 años (con muchos que toman más tiempo).

- Los sueldos de los miembros del Tribunal de Apelaciones lo pagaría exclusivamente la UE y los EEUU; habría un límite para las tasas diarias de los jueces, en lugar de dejar que esto sea negociado entre las partes contendientes como es el caso en el marco del sistema de ISDS actual.
- Es evidente que existen causales definidas para la apelación a efectos de asegurar que el sistema de apelación no

sea sujeto de abusos por la parte perdedora. Estos son: (a) que el Tribunal ha incurrido en un error en la interpretación o aplicación de la ley aplicable en el acuerdo TTIP; (b) que el Tribunal ha incurrido en un error manifiesto en la apreciación de los hechos; y (c) razones procesales (es decir, causales comparables a los procedimientos de anulación).

Frente a esta propuesta sectores de los Estados Unidos de América, como la Cámara de Comercio de Estados Unidos[32], han reaccionado defendiendo el actual mecanismo de solución de controversias implementado a través del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), como una herramienta para el fortalecimiento del derecho internacional y cuestionando la propuesta como una forma de debilitar la protección al inversionista y la vigencia del derecho internacional. Adicionalmente, argumentan que el mecanismo está aplicando sus propios correctivos por lo que no es necesario la implementación de una Corte como una especie de experimento que traería más problemas que soluciones.

Otros sectores de la Unión Europea[33] han criticado fuertemente el modelo presentado argumentando lo siguiente:

1. Los tribunales arbitrales nacieron para resolver conflictos entre Estados; al permitir que únicamente las empresas sean las que demanden a los Estados y no existir una previsión formal por la que el Estado receptor puede demandar al inversor extranjero. Se crea una asimetría que vicia la solución.
2. No existe una opción para que las personas naturales y pueblos que sufren vulneraciones de sus derechos por las prácticas de las empresas puedan interponer sus denuncias.
3. El *Investment Court System* presentado por la Comisión no nombra ni una sola vez los derechos humanos, laborales, medioambientales, sociales, culturales[…]Los jueces del mencionado tribunal deberán aplicar, fundamentalmente, las normas de comercio e inversiones que el TTIP contenga.

32. Véase más en <https://goo.gl/AgaTl0>.
33. Véase más en <http://goo.gl/wNxVE4>.

4. El planteamiento de la Comisión se construye sobre el concepto de seguridad jurídica vinculado a la *lex mercatoria*, ya que su único fundamento resulta ser la protección de los contratos y la defensa de los intereses comerciales de las compañías multinacionales. Se pretende proteger las inversiones de las multinacionales extranjeras, eludiendo la normativa internacional, comunitaria y nacional de los derechos humanos, sociales y medioambientales y la competencia de los tribunales nacionales e internacionales.
5. Las normas que tutelan los derechos de los inversionistas son muy precisas, detalladas y numerosas. Se regulan las obligaciones contractuales adquiridas por los Estados elevando a categoría fundamental, el principio jurídico de *pacta sunt servanda* ("lo pactado obliga"), en tanto que sirve de base para blindar los contratos firmados por las empresas transnacionales. Al mismo tiempo, se obvian y rechazan las cláusulas *rebus sic stantibus* ("lo establecido en los contratos lo es en función de las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración") y otros usos y principios internacionales universales como los de equidad, buena fe y enriquecimiento injusto; toda norma o principio jurídico que defienda los intereses de las mayorías sociales quedan fuera de la proposición de la Comisión.
6. La definición del término inversión es muy amplia y se identifica con los activos, de forma que encierra acciones y otras formas de participación en sociedades, derechos derivados de todo tipo de aportes con el fin de crear valor económico, bienes muebles e inmuebles, derechos reales, propiedad intelectual e industrial, servicios públicos, concesiones otorgadas por ley o contrato, incluidas las que alcanzan a la prospección, extracción o explotación de recursos naturales, y se asocia al concepto de ganancia de una empresa mediante la expropiación indirecta. Por tanto, no sólo comprende las inversiones reales, sino que abarca especulaciones en deuda soberana, inversiones especulativas, inversiones en bienes intangibles… Además, se protege toda expectativa "legítima" de ganancia.
   La expropiación indirecta implica que toda medida, ley, reglamento, acto administrativo que provoque daño en el patrimonio del inversor deberá ser compensado.

7. El principio de Trato Justo y Equitativo se mantiene como eje central de la propuesta de la Comisión. Por otra parte, se permite a las empresas demandar a los Estados no solo por incumplimientos del tratado si no por incumplimientos contractuales de un acto soberano no comercial, como las políticas públicas.
8. La Comisaría Europea ha manifestado que la reforma propuesta no afectará al sistema arbitral previsto en el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la UE y Canadá (CETA). Tal afirmación implica que las empresas transnacionales de EE.UU. y las de terceros países –a través de sus filiales con sede en Canadá o en países de la UE– podrán activar el sistema arbitral tradicional establecido en el CETA.
9. En la propuesta de la Comisión Europea, las modificaciones que países como India, Indonesia y Sudáfrica están proponiendo –después de evaluar los impactos de los tratados de inversiones y comercio firmados en los últimos años– han sido totalmente ignoradas.

4. Conclusiones

En vista de todo lo expresado se concluye sin lugar a dudas que el problema de la consistencia de las decisiones arbitrales es un tema que no permite aplazamiento y que su falta de solución tomando en cuenta el cada vez más creciente número de arbitrajes de inversiones y las decisiones que en este se dan sin que haya una columna vertebral que las guíe claramente hacia una coherencia del mecanismo en general, deslegitima profundamente el sistema.

Cualquier solución necesariamente deberá pasar por una reforma integral del mecanismo, reforma que resulta difícil en función de la amplia gama y clases de tratados de protección de inversiones, sin tomar en cuenta que los nuevos acuerdos comerciales incluyen a su vez mecanismos de arreglo de disputas que no necesariamente llenan tales vacíos y necesidades.

Este es un mecanismo largo y tortuoso, que ha tenido y tiene iniciativas varias, que sólo con el tiempo se verá si efectivamente solucionan los grandes cuestionamientos considerados.

La Huida del Arbitraje de Inversión

*Alegría Jijón Andrade**

Recibido/Received: 22/06/2016
Aceptado/Accepted: 19/08/2016

PALABRAS CLAVE: tratado bilateral de inversiones, arbitraje de inversión, contrato de inversión, reclamaciones bajo el tratado, reclamaciones bajo el contrato.

* Asociada en Pérez Bustamante y Ponce. Abogada en España por la Universidad de Navarra, Abogada en Ecuador por la Universidad de los Hemisferios, Abogada en Nueva York y miembro de New York Bar Association. LL.M en Global Business Law en la Universidad de Nueva York, LL.M en Derecho Internacional Comparado en la Universidad Nacional de Singapur. Academic Visitng Reseacher en la Universidad de Harvard.

A. Jijón. "La Huida al Arbitraje de Inversiones", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje,* No. 7, 2015.

KEYWORDS: bilateral investment treaty, investment arbitration, investment contract, treaty claims, contract claims.

RESUMEN: El presente artículo abordará los diferentes mecanismos utilizados por los Estados para protegerse de ser condenados en cuantiosos laudos en arbitrajes de inversión por supuestos maltratos a sus inversionistas. El mecanismo más efectivo que tienen los Estados para protegerse es dejar de firmar o modificar sus tratados de protección de inversiones para excluir la posibilidad de llevar disputas a arbitrajes de inversión. Pueden también denunciar unilateralmente sus tratados, sin embargo, deben considerar los términos de carencia presentes en los tratados, la mayoría de los cuales hacen inefectiva la renuncia por diez años. La tercera opción es intentar excluir el arbitraje a través de los contratos de inversión particulares. El presente artículo se centrará en esta tercera opción, y finalmente concluirá, coincidiendo con la mayoría de la doctrina, que no es válido que un inversionista renuncie a una protección otorgada por un tratado por medio de un contrato.

ABSTRACT: This article will address the different mechanisms used by states to protect themselves from being convicted in substantial awards in investment arbitration for alleged mistreatment of its investors. The most effective means that states have to protect themselves is to stop signing or to modify the existent treaties to exclude the possibility of bringing disputes to investment arbitration. They may also unilaterally terminate their treaties, however, they must consider that most current investment treaties, make waiver ineffective for ten years. The third option is trying to exclude arbitration through private investment contracts. This article will focus on this third option, and finally conclude, coinciding with the majority of the doctrine, that it is invalid for an investor to renounce to protections granted by a treaty by means of a contract.

1. Introducción

Desde hace varios años, numerosos estados han manifestado su desacuerdo con el llamado "derecho de inversiones", por ser en su opinión, favorable para los inversionistas y desfavorable para los estados receptores de la inversión.

Alegan que los Tratados Bilaterales de Inversiones ("TBIs") se constituyeron como medios para promover y atraer la inversión extranjera, pero que han fracasado. Denuncian que se trata de tratados que solo imponen obligaciones a una parte –estados– mientras benefician a la otra –inversionistas– sin reciprocidad.

Según los detractores del derecho de inversiones, los tratados realmente no fomentan la inversión en la práctica. Se dice también que facultan a los inversionistas a denunciar actos soberanos solo porque no les favorecen, y que los tribunales que resuelven estas disputas están parcializados a favor de los inversores.

En este artículo estudiaremos los diferentes mecanismos utilizados por los estados detractores del derecho de inversiones, y de sus tratados, para liberarse de los mismos e intentar blindarse de los arbitrajes de inversión[1]. Evidentemente, la principal arma que han tenido los estados frente a los tratados bilaterales y multilaterales de inversiones, que sienten que ya no les convienen, ha sido denunciarlos. Sin embargo, este no es lo único que han hecho los estados por deshacerse de las obligaciones contraídas bajo los mismos. Los estados se valen de otros varios mecanismos legales para minimizar sus obligaciones frente a sus inversionistas.

Con el afán de aterrizar los diferentes mecanismos utilizados por los estados para desvincularse de su obligación internacional de arbitrar en un foro internacional, utilizaremos a lo largo de este estudio, el ejemplo paradigmático del TBI entre Ecuador y España.

1. X. Andrade, "Renuncia al arbitraje previsto en un tratado: el caso ecuatoriano", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 2, 2010. p. 2.

2. Las denuncias a los tratados de protección de inversiones

Dentro de esta coyuntura, varios estados, en especial sudamericanos, han denunciado diferentes tratados de inversión, tanto multilaterales como bilaterales. El estado ecuatoriano se ha unido a esta postura anti-tratados y arbitraje de inversión. En esta línea, el Ecuador denunció el tratado multilateral de inversiones CIADI el 12 de junio de 2009. Asimismo, inició un proceso de denuncias individuales de varios TBIs.

El proceso para denunciar un TBI en el Ecuador se compone a grandes rasgos de cinco pasos: (i) dictamen sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado por la Corte Constitucional; (ii) informe de la Comisión Especializada Permanente de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral de la Asamblea Nacional; (iii) resolución del pleno de la Asamblea; (iv) decreto presidencial anunciando la renuncia; (iv) y notificación por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores al estado parte. Los cinco pasos son indispensables para considerar que un tratado ha sido denunciado.

A modo de ejemplo, el TBI España-Ecuador entró en este proceso de denuncia en el año 2013. En este mismo año, la Corte Constitucional resolvió que el TBI era inconstitucional por violar el artículo 244 inciso primero de la Constitución ecuatoriana de 2008[2]. El 8 de julio de 2013, la Comisión Especializada Permanente de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral de la Asamblea Nacional, presentó su informe aconsejando la denuncia del TBI España-Ecuador[3]. Sin embargo, después de este paso el proceso se detuvo, sin que se haya pronunciado al respecto el Pleno de la Asamblea, y sin que haya un Decreto presidencial que oficialice la denuncia.

2. Corte Constitucional, Caso No. 0010-11-TI, Resolución No. 0019-013 CTI CC, 25/04/2013.
3. Véase <http://goo.gl/cZPyLj>.

Este freno en los procesos de denuncia no es único para el caso del TBI con España, de hecho, la gran mayoría de procesos de denuncias de TBIs se encuentran en stand-by en el Ecuador. El gobierno ecuatoriano creó una Comisión de Auditoría de los Tratados Bilaterales de Inversión cuyo propósito es investigar la conveniencia y constitucionalidad de los TBIs, la Comisión todavía no ha emitido su informe, sin embargo, especulamos en vista de sus comunicaciones previas, que parecería que la Comisión se inclinará a favor de las denuncias.

Cabe anotar que, a pesar de dichos esfuerzos por desvincularse del derecho de inversiones, este está lejos de haber muerto. Por un lado, muchos de los nuevos Tratados de Libre Comercio poseen cláusulas similares de protección de inversiones. Y, por otro, las cláusulas de carencia presentes en la mayoría de TBIs, incluyendo el Ecuador-España[4], establecen plazos de 10 años para que sea efectiva cualquier renuncia, por lo que la mayoría de TBIs siguen estando vigentes para disputas que surjan en un corto o mediano plazo.

3. Mecanismos para limitar las protecciones otorgadas en los tratados vigentes

3.1 El arbitraje internacional como protección no deseada

Una de las protecciones más importantes que brindan los TBIs a los inversionistas de los estados firmantes es la posibilidad de solucionar sus disputas en tribunales arbitrales internacionales. Esta protección es fundamental para los inversionistas, ya que los protegen del temido *home court advantage*.

Hablando en términos generales, los inversionistas suelen tener miedo de litigar en contra de un estado en sus propias cor-

4. TBI Ecuador-España, Arículo XII "En caso de denuncia, a las disposiciones previstas en los artículos I a XI del presente Acuerdo seguirán aplicándose durante un periodo de diez años a las inversiones efectuadas antes de la denuncia".

tes. Este miedo cobra especial relevancia en países en vías de desarrollo, en donde puede ocurrir que la separación de poderes dentro del estado no sea perfecta. Esta ausencia de separación puede provocar que el poder judicial no sea completamente independiente al ejecutivo, lo que haría que el litigio se lleve ante quien es juez y parte de la disputa.

Los inversionistas prefieren solucionar sus disputas con los estados en foros especializados y neutrales. Es por esto que en los TBIs se incluyen cláusulas de solución de controversias que otorgan jurisdicción a tribunales internacionales no adscritos a ningún estado.

Como vimos antes, los países receptores de inversiones, se han mostrado reticentes en los últimos años a solucionar sus disputas con los inversionistas en estos foros. En parte porque los tribunales arbitrales de inversión han condenado a varios estados a pagar sumas astronómicas de dinero a los inversionistas, en parte porque sienten que los tribunales tienen una inclinación pro-inversionista, y en parte, porque prefieren de todas maneras litigar en su propio país.

La gran mayoría de TBIs vigentes confieren la protección del arbitraje internacional a los inversionistas. Sin embargo, nada obsta para que, en el supuesto de que ambos estados lo consientan, excluyan absoluta o parcialmente el arbitraje de inversión previsto, ya sea modificando los TBIs existentes o acordando nuevos tratados más restrictivos.

Considerando que los estados receptores de la inversión normalmente prefieren litigar en casa y limitar los arbitrajes internacionales, lo complicado será la negociación con el estado, potencial inversionista, ya que estos estados siempre preferirán la protección que conlleva el llevar disputas fuera de las cortes nacionales a un foro imparcial como, teóricamente, es el arbitraje de inversión.

3.2 Exclusión del arbitraje internacional por materias en bloque dentro del tratado

Un ejemplo típico de una exclusión *rationae materiae* del arbitraje de inversión es la exclusión de temas tributarios. Existen varios TBIs que expresamente establecen que las disputas en materia tributaria entre inversionistas y estados receptores se solucionarán siempre en las cortes nacionales y no en arbitraje internacional.

La razón de la práctica, más o menos común, de la exclusión de la materia tributaria del arbitraje no se debe a que la materia no sea arbitrable *per se*, sino que en general los estados sienten que la facultad tributaria está muy vinculada con su soberanía y no son partidarios de que tribunales extranjeros juzguen sus decisiones soberanas.

Los inversionistas tienden a aceptar esta exclusión debido a que existen otros tratados, como los convenios para evitar la doble imposición, que establecen o podrían establecer, otros mecanismos para resolver este tipo de disputas sin necesidad de recurrir a arbitrajes de inversión.

No existe ninguna norma genérica de derecho nacional o internacional que disponga que los temas tributarios no son susceptibles de dirimirse a través de arbitrajes de inversión[5]. Sin embargo, ciertos TBIs, incluyendo algunos firmados por el Ecuador, han excluido o limitado la materia tributaria de los arbitrajes de inversión, véase por ejemplo los TBIs Ecuador-Estados Unidos y Ecuador-Canadá que limitan la materia.

Existen abundantes precedentes en el arbitraje de inversión en los que se han arbitrado temas tributarios. En el Ecuador llaman la atención sobre todo los casos de Occidental[6] y Encana[7],

5. Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas, RO Sup. No. 652, 18/12/2015, Art. 20. Esta norma excluye del arbitraje internacional las disputas sobre temas tributarios, aquellas que surjan debido a actos legislativos y regulatorios del Estado.
6. London Court of International Arbitration Administrated, *Occidental Exploration and Production Company v. the Republic of* Ecuador, Arbitral Award, Case No. UN 3467, (*Occidental*).

estos casos son especialmente interesantes ya que tienen como fundamentos justamente los citados TBIs restrictivos en materia tributaria, pero en ambos casos los respectivos tribunales aceptaron tratar temas de devolución de IVA a pesar de las restricciones impuestas en los TBIs.

Los TBIs Ecuador-Estados Unidos y Ecuador-Canadá limitan el arbitraje de temas tributarios en general pero establecen ciertas excepciones por las que sí se puede llevar estos temas a arbitraje.

Por otro lado, el TBI España-Ecuador está configurado de manera exactamente opuesta: el Tratado en general admite el arbitraje de temas tributarios y tan solo pone una excepción en su artículo IV.4 en la que no habría como alegar la cláusula de nación más favorecida cuando se trata de una disputa tributaria:

> Art. IV.- TRATAMIENTO
> 4.- El tratamiento concedido con arreglo al presente artículo no se extenderá a deducciones, exenciones fiscales u otros privilegios análogos otorgados por cualquiera de las Partes Contratantes a inversionistas de terceros países en virtud de un Acuerdo para evitar la Doble Imposición o de cualquier otro Acuerdo en materia de tributación.

El TBI Ecuador-España, impone la limitación de no utilizar el argumento de nación más favorecida cuando el inversor en teoría "más favorecido" sea nacional de un país que tiene un tratado para evitar la doble imposición con el Ecuador, lo que le concedería esos beneficios específicos.

El limitar materias específicas con las que los estados no se sientan cómodos puede ser una buena estrategia para delimitar el alcance extensivo de los TBIs. La clave para que los países inversionistas aprueben estas limitaciones es que la materia no quede totalmente indefensa sino que existan otros mecanismos

7. Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres, *EnCana Corporation v. República del Ecuador*. Laudo Arbitral, 3/02/2006.

para protegerla, tal como los Convenios de Doble imposición en materia tributaria.

3.3 Exclusiones por materias a través de leyes nacionales

Los estados han procurado también el arbitraje internacional a través de normas nacionales que impidan o limiten su utilización. En el Ecuador se acaba de aprobar la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones de Público Privadas y la Inversión Extranjera[8], según esta nueva normativa, solo se aceptaría arbitraje de las Alianzas Público Privadas en sedes regionales.

Así mismo, según la citada Ley quedan excluidas del arbitraje internacional las disputas sobre temas tributarios, aquellas que surjan debido a actos legislativos y regulatorios del Estado.

La pregunta que invariablemente surge es si esta disposición legal realmente puede prelucir a inversores de un país con el que existe un TBI vigente a demandar al Estado ecuatoriano por la violación del tratado, en el foro que dispone el tratado o sobre alguna de las materias supuestamente escogidas.

A este respecto el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) establece:

> El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

Si bien se trata de un tema muy debatible parecería complicado aceptar que a través de una Ley Orgánica se limiten garantías otorgadas por un tratado internacional cuando nuestra

8. Véase Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones de Público Privadas y la Inversión Extranjera, RO Sup. No. 652, 18/12/2015.

propia Constitución acepta que en el Ecuador los tratados internacionales tienen mayor jerarquía que las leyes orgánicas.

En conclusión, creemos que si existe un TBI que otorgue el derecho de llevar a arbitraje internacional las mismas materias que por ley han sido excluidas, las exclusiones legales no serían admisibles y el tribunal arbitral debería admitir la demanda a pesar de la existencia de una ley.

3.4 Exclusiones por materias dentro de los contratos de inversión

La exclusión de materias en bloque dentro de los tratados, como vimos, requiere de la aprobación de ambos estados, lo que no siempre es sencillo de conseguir. Por este motivo los estados receptores de inversión y partes de TBIs, han diseñado mecanismos alternos para limitar el ámbito de protección.

Uno de los mecanismos que se utilizan en la práctica para excluir materias concretas del arbitraje internacional es la inclusión de cláusulas dentro de los contratos de inversión específicos. Hay dos tipos de cláusulas típicas: las cláusulas de sumisión exclusiva de una materia en concreto a las cortes nacionales del estado receptor, y las cláusulas de renuncia expresa al arbitraje.

Estas opciones pueden ser interesantes para el estado receptor ya que en la negociación directa con un inversor interesado el estado normalmente tiene una posición más fuerte, y el inversionista con el fin de avanzar con el negocio es más susceptible a aceptar limitaciones a sus protecciones.

3.4.1 La cláusula contractual de sumisión exclusiva a los tribunales del estado receptor, como impedimento para iniciar un arbitraje bajo los tratados

Existen distintas maneras de intentar excluir materias de arbitrajes de inversión dentro de los contratos de inversión, una de estas es la inclusión de cláusulas de sumisión exclusiva a cortes nacionales de ciertas materias.

Se ha discutido arduamente ante tribunales arbitrales de inversión alrededor del mundo, si una cláusula contractual contenida en un contrato de inversión, que otorga jurisdicción exclusiva para la resolución de controversias a los tribunales del estado receptor de la inversión, impediría someter las disputas emanadas de la inversión a los mecanismos de arbitraje internacional previstos en los TBIs.

Los laudos más prominentes en el tema son: *Lanco International Inc. v. República de Argentina*[9], *Vivendi Universal v. República de Argentina*[10], *SGS v. Republic of the Philipines*[11], *Aguas del Tunari SA v. Republic of Bolivia*[12], *Toto Construzioni Generali Spa v. Republic of Lebanon*[13], *Azurix Corp. v. República de Argentina*[14] *y Occidental Exploration and Production Company v. República del Ecuador*[15] entre otros.

Más aún, existe una discusión técnica relativa a si este es un problema de jurisdicción del tribunal o admisibilidad de la demanda; es decir, si la cláusula de sumisión exclusiva afectaría a

9. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), *Lanco International Inc. v. Argentine Republic*, Preliminary Decision On Jurisdiction of the Arbitral Tribunal, Case No. Arb/97/6, 8/12/1998.
10. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, Decision on Application for Annulment, Case No. ARB/97/3, 3/07/2002.
11. ICSID, *SGS Societe Generale de Surveillance SA v Republic of the Philipnes*, Decision of the Tribunal on Objections on Jurisdiction, Case No ARB/02/6, 29/01/2004.
12. ICSID, *Aguas del Tunari SA v. Republic of Bolivia*, Decision on the Respondent's Objections on Jurisdiction, Case No ARB/02/3, 21/10/2005.
13. ICSID, *Toto Construzioni Generali Spa v. Republic of Lebanon*, Decision on Jurisdiction, Caso No. ARB/07/12, 7/2012.
14. ICSID, *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, Case No. ARB/01/12, 8/12/2003, International Law in Brief *available at* <http://www.asil.org/ilib/azurix.pdf>.
15. *Occidental*, véase N. 6.

la jurisdicción misma del tribunal, o si por el contrario el tribunal siempre será competente para conocer la disputa en virtud de la existencia del TBI, y más bien se trata de un problema de admisión de la demanda que se tratará con relación al fondo del reclamo. La tesis mayoritaria, con la que coincidimos, es que se trata de un problema de admisibilidad en el mejor de los casos[16].

3.4.2 *Diferencias entre las reclamaciones contractuales y las reclamaciones bajo los tratados de protección de inversión*

Para poder dar respuesta a una pregunta tan compleja de si cabe que un contrato limite lo pactado en un tratado, debemos, en primer lugar, recordar la diferencia entre las reclamaciones basadas en contratos y las reclamaciones basadas en los tratados.

Las reclamaciones basadas en contratos son aquellas en las que el reclamante alega que los actos del demandado violaron lo establecido entre las partes en su relación contractual. Las reclamaciones basadas en tratados son aquellas en las que el reclamante alega que las actuaciones del demandado violaron derechos o garantías originadas en el TBI.

Esta distinción ha sido ampliamente reconocida por tribunales arbitrales. Entre otros en los siguientes laudos: *Occidental*[17], *Ronald S. Lauder v. Czech Republic*[18], *Alex Genin and others v. Republic of Estonia*[19], *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. v. República Argentina*[20], CMS Gas Transmission Company v. *República Argentina*[21] and *Azurix*[22] y el Comité ad hoc en *Vivendi*[23].

16. Véase § 38(1).
17. *Occidental*, véase N. 6.
18. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), *Ronald S. Lauder v. Czech Republic*, Final Award, 3/09/2001, publicado en <http://goo.gl/jvvXf9>.
19. ICSID, *Alex Genin and others v. Republic of Estonia*, Award of the Tribunal, Case No. ARB/99/2, 25/06/2001, Decision on Claimants Request for Supplementary Decisions and Rectification, 4/04/2002, disponible en <http://goo.gl/lbSFBH>.
20. ICSID, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. v. Argentine Republic*, Award, Case No. ARB/97/3f, 21/11/2000.
21. ICSID, *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, Case No. ARB/01/8, 17/07/2003.
22. *Azurix*, N. 14, párr. 145.
23. *Vivendi*, véase N. 9.

> *"As was clearly explained by the Vivendi ad hoc Committee, "[a] treaty cause of action is not the same as a contractual cause of action; it requires a clear showing of conduct which is in the circumstances contrary to the relevant treaty standard"*[24].

Esta distinción tan cristalina en la teoría puede llegar a ser más difícil de establecer en la práctica. Muchísima tinta se ha utilizado tratando de distinguir las distintas ofensas entre violaciones a las garantías concedidas en los tratados y las diferencias contractuales.

> La diferencia sobre la inversión que la Demandante ha presentado a este Tribunal invoca las obligaciones de la Demandada para con la Demandante conforme a lo dispuesto en el APPRI y es una pretensión distinta de la reclamación con arreglo a los documentos contractuales. Aunque la diferencia, tal como la presenta la Demandante, pueda requerir que se interpreten o analicen hechos relacionados con la ejecución del Contrato de Concesión, el Tribunal considera que, en la medida en que esas cuestiones sean relevantes, el incumplimiento de las obligaciones de la Demandada de conformidad con el APPRI, no pueden per se, transformar la diferencia en virtud de lo dispuesto en el APPRI en una diferencia contractual[25].

El problema radica en que muchas veces un mismo acto viola simultáneamente el contrato y el tratado. Una distinción muy acertada es la propuesta por Velimir Živković:

> *It is submitted that in order for an act of State to cause breach of the BIT and engage international responsibility, it must be one done by the State in its capacity as a sovereigN. Pragmatically speaking, it should be of such nature that the ordinary contractual party would not be in a position to perform such an act.*[26]

24. V. Živković, "Contracts, Treaties and Umbrella Clauses: Some Jurisdictional Issues In International Investment Arbitration", *Annals of the Faculty of Law in Belgrade - Belgrade Law Review*, 15/12/2011, p. 7.
25. *Azurix*, N. 14, pp. 16-17.
26. Ibídem, N. 25, p. 7.

No todos los actos violatorios del contrato son actos violatorios del tratado. Pero puede haber actos que violan el contrato, pero al ser actos soberanos del estado, también violan el tratado. Esta disyuntiva es muy relevante ya que la doctrina considera que las limitaciones contractuales podrían obligar a dirigir reclamos contractuales a las cortes nacionales, pero no podrían limitar reclamos bajo el tratado, incluso si estos mismos actos constituyen también violaciones al contrato.

3.4.3 Las reclamaciones basadas en los tratados no se ven afectadas por las cláusulas de sumisión exclusiva de los contratos de inversión

La gran mayoría de jurisprudencia y doctrina, se alinea con la posición de que las únicas disputas que están sometidas a las cláusulas dispuestas en el contrato son aquellas que tienen su fundamento en una violación al contrato mismo. Por lo tanto, sostienen que las disputas que tienen origen en la violación de un derecho protegido por un tratado no se encuentran reguladas por el contrato.

Existen varias decisiones arbitrales que han puesto mucho énfasis en este punto[27]. Quizás el Tribunal *Ac Hoc* en Vivendi es quien lo ha resuelto de manera más contundente:

27. *CMS*, N. 21, párrs. 70-71. 70. A separate jurisdictional objection raised by the Republic of Argentina is based on the argument that TGN's License has a separate dispute settlement mechanism before the Federal Courts of Buenos Aires on Contentious Administrative Matters. Similarly, it is argued, the Terms of the License provide for the submission of disputes to the Federal Courts of Buenos Aires on Civil and Commercial matters, entailing an express renunciation to any other forum or jurisdiction. All of this, in the Respondent's view, precludes submission to the instant dispute to an ICSID tribunal.71. CMS objects to that reasoning on the basis that it is not a party to the License and that the dispute does not arise from the Terms of the License. The dispute, it is argued, relates to the breach of the BIT and its cause of action is founded exclusively on the dispute settlement mechanism of that Treaty, independently from whether there is in addition a dispute concerning the contract. The Claimant notes moreover that the disputes envisaged in the Terms of the License refer only to questions connected with sale of the shares.45 (p. 799) In effect, the offer made by the Argentine Republic to covered investors under the ARGENTINA–U.S. Treaty cannot be diminished by the submission to Argentina's domestic courts, to which the Concession Agreement remits.47 (799) This Tribunal shares the views expressed in those precedents. It therefore holds that the clauses in the License or its Terms referring certain kinds of disputes to the local courts of the Republic of Argentina are not a bar to the assertion of jurisdiction by an ICSID tribunal under the Treaty, as the functions of these various instruments are different. (800). *Lanco*, No. 9 En efecto, el ofrecimiento realizado por el la República Argentina a sus inversores en el Tratado ARGENTINA–EEUU no puede ser menoscabado por un sometimiento a los tribunales internos argentinos a los que se remite el Contrato de Concesión.

> 101. Por otra parte, donde la "base fundamental de la reclamación" es una tratado asentando una norma independiente por la cual ha de juzgarse la conducta de las partes, la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato entre la demandante y el Estado demandado o una de sus subdivisiones no puede operar como impedimento a la aplicación de la norma bajo el tratado. A lo sumo, podría ser relevante –del modo en que el derecho interno muchas veces será relevante– al evaluar si ha habido un incumplimiento del tratado[28].

Citando también el caso de Occidental en contra del estado ecuatoriano, se recalcó la diferencia entre las reclamaciones por violaciones del tratado y las reclamaciones por violaciones del contrato, encontrando que las primeras no se ven afectadas por las cláusulas de sumisión exclusiva.

> *The Tribunal held in CMS, referring to this line of decisions, that "as contractual claims are different from treaty claims, even if there had been or there currently was a recourse to the local courts for breach of contract, this would not have prevented submission of the treaty claim to arbitration*[29].

En conclusión, la sumisión expresa a tribunales ecuatorianos en una materia concreta en un contrato celebrado entre el inversionista y el estado, no podría impedir una reclamación nacida de la violación de sus derechos como inversionista bajo un TBI, incluso cuando dicha violación al mismo tiempo viola el contrato.

28. *Vivendi*, N. 12, párrs. 101-103. 102. En la opinión del Comité, no le está permitido a un tribunal del CIADI, con jurisdicción bajo un TBI respecto de una reclamación basada sobre las disposiciones sustantivas de dicho TBI, desestimar la reclamación sobre la causa de que pudo o debió haber sido conocida por un tribunal nacional. En un tal caso, el examen que el tribunal del CIADI está obligado a efectuar es uno regido por el Convenio del CIADI, por el TBI y por el derecho internacional. Dicho examen no se determina en principio, ni se precluye, por una cuestión de derecho interno, incluyendo cualquier acuerdo de las partes bajo el derecho interno. 103. Más aún, el Comité no entiende cómo, si hubiera habido un incumplimiento del TBI en el presente caso (una cuestión de derecho internacional), la existencia de la cláusula 16 (4) del Contrato de Concesión pudiera haber impedido su caracterización como tal. Un Estado no puede apoyarse en una cláusula de jurisdicción exclusiva para evitar la caracterización de su conducta como internacionalmente ilícita bajo un tratado.
29. *Occidental*, N. 6, párr. 51.

3.4.4 Dificultades para determinar qué queda excluido de arbitraje internacional y qué no

Además, existe otra complicación a la hora de intentar excluir una materia concreta del arbitraje internacional garantizado por el TBI a través de una cláusula contractual, y es que no siempre es sencillo delimitar donde termina una materia y donde comienza la siguiente.

Para ejemplificar el problema vale la pena estudiar una cláusula real insertada en un contrato de inversión:

> Exclusión de ciertas materias del ámbito del arbitraje y atribución de jurisdicción a tribunales y cortes nacionales.- Todas las controversias que se deriven de una declaratoria de caducidad o guarden relación con sus efectos, no podrán ser resueltas mediante arbitraje y deberán ser resueltas por los tribunales competentes del Ecuador.

Las controversias sobre actos de la administración tributaria serán resueltas por los tribunales competentes del Ecuador.

Esta es un ejemplo paradigmático de una cláusula de sumisión exclusiva por materia dentro de un contrato de inversión. Esto, más allá del análisis realizado ya sobre la validez de la cláusula e incluso en el caso de que un tribunal la considerase válida.

Continuando con el ejemplo de la materia tributaria. No es difícil pensar que incluso un inversionista al que el estado ha maltratado a través de actos de naturaleza tributaria, (véase glosas injustas, multas de SRI, resoluciones inmotivadas de reclamos por glosas, sentencias ilegales en materia tributaria, o leyes tributarias emitidas específicamente para dislocar al inversionista), pueda alegar que la "*cause of action*" de su reclamación es distinta a los actos de la administración tributaria como tal.

El inversionista siempre podría alegar que no le está pidiendo al tribunal arbitral que establezca exactamente lo que le

correspondía pagar en impuestos, sino que resuelva si el trato recibido es justo y equitativo y que determine que si con sus actos, incluso en materia tributaria, el estado falló a su compromiso de tratar de manera justa al inversionista.

Si bien no es posible arbitrar actos de la administración tributaria, hay que entender un reclamo bajo el TBI no es un reclamo contra los actos de la administración tributaria como tal, sino un reclamo ante el trato recibido por el estado y en la medida de que esos actos constituyen una violación a las garantías otorgadas por los estados en los tratados de inversión. Esta distinción se manifestó claramente en el caso Occidental, el tribunal resolvió:

> *This is the situation that has in fact occurred in the instant case, where treaty-based issues have come to arbitration and non-contractual domestic law questions have been and are being dealt with by local courts in Ecuador. Far from creating a situation of incompatibility, the decisions adopted thus far by Ecuadorian courts on matters of interpretation of the Ecuadorian Tax Law have been of great help to this Tribunal in its own interpretation of both the Treaty and the relevant provisions of Ecuadorian law as will be shown further below. It follows that the causes of action might be separate and the nature of the disputes different, yet they may both have cumulative effects and interact reciprocally*[30].

Parecería que la *ratio* detrás de una cláusula de sumisión exclusiva tal como la transcrita, es que no se pueden discutir temas tributarios nacionales en sedes internacionales, y que esta ratio se cumple. Que una demanda arbitral con base en un TBI no requiere que el tribunal determine cuáles eran los impuestos aplicables, ni la validez de una glosa específica, sino que el *petitum* que se hace al tribunal es que se acepte que el estado ecuatoriano no trató a través de sus potestades –legislativas, administrativas, judiciales y constitucionales– al inversionista como se comprometió a hacerlo por medio del TBI que firmó.

Hay una diferencia entre demandar por actos de la administración tributaria *per se* y por los efectos finales de varias actua-

30. *Occidental*, N. 6, párr. 58.

ciones del estado que causaron violaciones de derecho internacional de inversión. Podría ser que las autoridades ecuatorianas hayan cometido errores o faltas en la administración tributaria pero que esas faltas, según los estándares aplicables en el arbitraje de inversión, no constituyan violaciones a las garantías de inversión.

De hecho la literalidad de la cláusula en materia tributaria incluso apoyaría esta interpretación, ya que cuando la cláusula excluye la caducidad dice también "o guarden relación con sus efectos" mientras que nada se dice sobre los efectos no inmediatos de los actos de las administraciones tributarias, por lo que parecería que la exclusión en el caso transcrito es muy limitada.

En conclusión, parecería que para determinar si la cláusula de sometimiento expreso podría afectar el derecho, concedido en un TBI a arbitrar, habrá que atender especialmente a la literalidad de la cláusula en concreto.

3.4.5 *Validez de las cláusulas renuncia expresas a protecciones otorgadas por un tratado*

La validez de los "*waivers*" o renuncias a las protecciones concedidas a inversionistas bajo un TBI a través de una cláusula contractual, es un tema bastante novedoso en el arbitraje de inversión.

Hay poca jurisprudencia que ha abordado el tema, y en la mayoría de casos lo han hecho de manera tangencial. En un reciente artículo publicado en Oxford University Press, parte del ICSID Review por la profesora S.I. Strong[31], se hace referencia a los pocos casos que han tratado el tema de la validez de las renuncias contractuales al arbitraje de inversión.

31. S.I. Strong, "Contractual Waivers of Investment Arbitration: Waive of the Future?", *ICSID Review*, 2014, p. 1-11.

La profesora Strong menciona cuatro casos en específico –que ya se han citado arriba–; en tres de ellos el Tribunal dictaminó que una cláusula de renuncia expresa mediante contrato de protecciones de un tratado no sería válida. Entre estos casos se incluyen Toto[32], el Tribunal Ad Hoc de Vivendi[33], y quizás el más claro, SGS, que en sus palabras dictaminó:

> *It is, to say the least, doubtful that a private party can by contract waive rights or dispense with the performance of obligations imposed on the States parties to those treaties under international law. Although under modern international law, treaties may confer rights, substantive and procedural, on individuals, they will normally do so in order to achieve some public interest. Thus the question is not whether the Tribunal has jurisdiction: unless otherwise expressly provided, treaty jurisdiction is not abrogated by contract*[34].

Finalmente cabe resaltar que el Tribunal de Aguas de Tunari llegó a una conclusión diferente. Ahora bien, el Tribunal mencionó su opinión en dicta; es decir, solo como un considerando, y no resolvió sobre el punto en la parte dispositiva del laudo.

> *Assuming that parties agreed to a clear waiver of ICSID jurisdiction, the Tribunal is of the view that such a waiver would be effective. Given that it appears clear that the parties to an ICSID arbitration could jointly agree to a different mechanism for the resolution of their disputes other than of ICSID, it would appear that an investor could also waive its rights to invoke the jurisdiction of ICSID. However, the Tribunal need not decide this question in this case*[35].

32. *Toto*, N. 13, párr. 85. "Toto's waiver of this right to invoke the CEGP's liability under the Contract to claim contractual damages does not affect its right to invoke Lebanon's breach of the Treaty before this Tribunal. However, the assessment of damages and of the compensation to be granted for a Treaty breach may be affected by a waiver not to claim compensation under the Contract, when both damage claims cover the same harm. Indeed, when it concerns the same damage for the same act, compensation that a Claimant has waived under the Contract cannot be recovered under the Treaty."
33. *Vivendi*, Annulment, N. 10, párr. 98. "On the other hand, where 'the fundamental basis of the claim' is a treaty laying down an independent standard by which the conduct of the parties is to be judged, the existence of an exclusive jurisdiction clause in a contract between the claimant and the respondent state or one of its subdivisions cannot operate as a bar to the application of the treaty standard."
34. *SGS*, N. 11, *The question is whether a party should be allowed to rely on a contract as the basis of its claim when the contract itself refers that claim exclusively to another forum. In the Tribunal's view the answer is that it should not be allowed to do so, unless there are good reasons, such as force majeure, preventing the claimant from complying with this its contract. This impediment, based as it is on the principle that a party to a contract cannot claim on that contract without itself complying with it, is more naturally considered as a matter of admissibility than jurisdiction".*

Como se desprende de las fuentes citadas por la profesora Strong, no queda claro si estos waivers son *per se* válidos o *per se* inválidos. Sin embargo, parecería que del estudio de los casos mencionados se pueden extraer dos conclusiones:

(i) Que se trata el tema de los waivers como un tema de admisibilidad (fondo) y no de jurisdicción. Es decir, que el tribunal arbitral tendría jurisdicción para conocer de la materia en todo caso.
(ii) Que al tratarse de un tema de admisibilidad (fondo), la validez del waiver es efectiva en lo que respecta a disputas contractuales pero no puede servir como un impedimento para disputas surgidas de violaciones a los tratados.

Citando la conclusión de la Profesora Strong:

Based on this Decision, contractual waivers appear incapable of affecting the availability of investment arbitration for claims based entirely on the treaty. However, contract claims may be heard outside the investment regime if the forum selection provision is considered valid[36]. (énfasis añadido)

Finalmente, como se desprende del estudio de la profesora Strong, el tema no está claro, y dependerá mucho de la postura o composición del tribunal la decisión de otorgar o quitar validez a waivers contractuales.

Existe también un artículo por el Dr. Xavier Andrade en el segundo número de la Revista Ecuatoriana de Arbitraje, que llega a la conclusión de que sobre este punto debe prestarse especial atención a la voluntad de las partes[37].

Existen académicos que estiman que la naturaleza supra nacional de los TBIs responde a un interés público superior a los intereses privados de las partes de un contrato[38] y, por tanto, no

35. *Aguas de Tunari*, N. 12, párr. 118.
36. S.I. Strong, N. 31, p. 9.
37. X. Andrade, N. 1.
38. Véase la discusión citada en el Tribunal de Vivendi más arriba, N. 23.

podría un contrato entre dos partes disponer sobre las garantías otorgadas por un TBI. Hay otros árbitros que entienden que una renuncia contractual a las protecciones del TBI, como el arbitraje internacional, son plenamente disponibles por las partes al momento de contratar.

4. Foro y procedimiento para un arbitraje de inversión bajo una cláusula contractual

Un último tema a analizar es si el pactar dentro de un contrato de inversión una sede, autoridad nominadora o procedimiento distinto al pactado en el TBI, es válido o si el procedimiento arbitral debe conducirse exactamente como está previsto.

Transcribimos otro ejemplo real de una cláusula que prevé la utilización de un procedimiento arbitral pactado en el contrato, también para reclamaciones bajo el TBI, y que es distinto al método original pactado en el TBI.

> Elección. - El arbitraje previsto en esta cláusula valdrá como elección de vía para la resolución de las desavenencias derivadas de este Contrato Modificatorio así como también será la vía para la resolución de controversias derivadas de cualquier Tratado sobre Promoción y Protección de Inversión que pudiera ser invocado por la Contratista.

Debido a que la piedra angular del arbitraje es el consentimiento, en un caso como el transcrito no vemos inconveniente alguno en iniciar un arbitraje de inversión bajo el arbitraje UNCITRAL previsto en el contrato, especialmente porque por acuerdo entre las partes aplica para los reclamos por violaciones de tratado.

Tampoco creemos que esto implique una contradicción con el argumento de que los reclamos por violaciones al TBI no se

rigen por el contrato. Creemos que se trata de un acuerdo posterior entre las partes y que al no restringir derechos del TBI, sino simplemente modificar ciertos términos del mismo, debería prevalecer.

5. Conclusiones

En vista de los cuantiosos laudos en contra de estados en arbitrajes de inversión, varios estados buscan mecanismos para protegerse de estos reclamos.

El mecanismo más efectivo que tienen los estados, es modificar los TBIs de mutuo acuerdo y excluir la protección de los arbitrajes de inversión. Este mecanismo es complejo de conseguir en la práctica ya que para los estados, potenciales inversionistas, el arbitraje internacional como mecanismo para solucionar controversias es una protección básica a la que probablemente no estarán dispuestos a renunciar.

Otra opción es denunciar unilateralmente los TBIs, pero esto es poco efectivo a corto plazo debido a los términos de carencia presentes en los TBIs, la mayoría de los cuales hacen inefectiva la renuncia por diez años.

La tercera opción es intentar excluir el arbitraje a través de los contratos de inversión particulares. Sin embargo, esta opción es compleja, dependerá mucho de los términos exactos utilizados en cada contrato, y para la mayoría de la doctrina, con la que coincidimos, no es aceptable el renunciar a una protección otorgada por un tratado por medio de un contrato.

Finalmente, lo que pueden hacer los estados con base al principio de la autonomía de la voluntad y del consentimiento como piedra angular del arbitraje, es pactar términos distintos a los estipulados en un TBI para llevar a cabo un arbitraje. Los estados podrían pactar procedimientos, foros y sedes con los que se sien-

tan más cómodos a la hora de someterse a arbitraje. En nuestra opinión estos términos deberían ser respetados.

La Historia de dos Ciudades: Procedimientos Paralelos y Reformas al Arbitraje de Inversión

Por Ignacio Torterola y Damasia Escudero***

Recibido/Received: 31/01/2016
Aceptado/Accepted: 19/08/2016

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** Procedimientos Paralelos en Ecuador: *Los Arbitrajes Burlington y Perenco*. **3.** La Fisonomía de los Procedimientos Paralelos. **4.** Conclusión.

PALABRAS CLAVE: arbitraje de inversiones, Burlington, Perenco, reforma, tratado de inversiones.

KEYWORDS: amendments, Burlington, investment arbitration, investment treaty, Perenco.

RESUMEN: El sistema arbitral de inversiones ha recibido severas críticas en los últimos años, y se ha manifestado que una reforma debería hacerse de inmediato. En este sentido, las decisiones de los casos *Perenco y Burlington* confirman lo

* Socio en la práctica de Arbitraje Internacional y Litigios Internacionales del Estudio Jurídico GST LLP. Ex miembro (por concurso) del Servicio Exterior de la Nación Argentina, Sub-Coordinador de la Dirección de Asuntos Internacionales de la Procuración del Tesoro de la Nación Argentina y representante de Argentina ante el CIADI. Representante de Argentina ante el Grupo de Trabajo II de la CNUDMI sobre Arbitraje Internacional, el Comité de Inversiones de la OCDE y forma parte del Grupo de Expertos en Arbitraje de Inversión de la UNCTAD y del London Center for the International Law Practice (LCILP). Árbitro en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, y en los Centros de Arbitraje de la AMCHAM Lima y la Cámara de Comercio de Lima.

** Ex Asociada del Estudio Marval O'Farrell & Mairal, Argentina. Investigación & Arbitraje, Washington DC. LL.M en Fordham University, New York.

D. Escudero e I. Torterola, "La Historia de dos Ciudades: Procedimientos Paralelos y Reformas al Arbitraje de Inversión", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 2015.

dicho, toda vez que debido a los procedimientos paralelos en ambos casos y la autonomía con la que los tribunales actuaron las decisiones fueron distintas e incluso contradictorias. Es así que se evidencian las consecuencias negativas que este escenario acarrea en el ya cuestionado sistema de arbitraje de inversiones.

ABSTRACT: The investment arbitration mechanism has been criticized in the last years for many reasons; consequently, the arbitration community has suggested several amendments in order to improve the system. The decisions in cases *Perenco* and *Burlington* confirmed the critics investment arbitration mechanism has been receiving because of the contradictory decisions the tribunals made due to the parallel processes and autonomy they had. In this context, these cases show the negative consequences and the importance of upgrade the system.

1. Introducción

El presente trabajo surge a partir de una invitación del Instituto Ecuatoriano del Arbitraje, pero también refleja una reciente charla que uno de los autores presentará en ocasión del III Seminario de Derecho Público y Derecho Internacional (2015), organizado por la Procuraduría General del Ecuador. Dado que el presente número del Anuario Ecuatoriano se refiere precisamente a las Reformas al Sistema de Arbitraje de Inversión, la coincidencia no pudo haber sido más feliz, especialmente cuando hacemos uso de la casuística ecuatoriana para ejemplificar la posición que mantenemos a través de este artículo de opinión y que en otras oportunidades hemos explicado a través de la experiencia de otros Soberanos.

Los organizadores del III Seminario de Derecho Público y Derecho Internacional (antes referido) pusieron en mis manos un muy buen artículo de opinión escrito por Bernardo Cremades e

Ignacio MADALENA sobre los Procedimientos Paralelos en el arbitraje internacional[1]. Sin embargo, como explicaré en las conclusiones, en el caso de los Arbitrajes de Inversión, el fenómeno de los Procedimientos Paralelos van más allá de la implicancia que puede tener la cuestión desde un punto de vista procesal, pues plantean y constituyen un cuestionamiento vivo al sistema arbitral de inversiones, sistema que requiere reformas urgentes para evitar procedimientos paralelos, y lo que es más grave, las decisiones contradictorias que se dictan a partir de ellos.

Analizaremos dicha problemática a partir de dos casos concretos iniciados contra la República del Ecuador, pero que parten del mismo nodo factual: *Burlington Resources Inc. v. La República de Ecuador* ("Caso Burlington" o "Burlington") y *Perenco Ecuador Ltd. v. La República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador* ("Caso Perenco" o "Perenco). Debido a su casi idéntica matriz fáctica y a las decisiones diametralmente opuestas a la que arribaron los Tribunales arbitrales, constituyen un planteo vivo para que los operadores judiciales y arbitrales, así como el legislador ecuatoriano, se planteen si este modo de resolver controversias es aquel adecuado para brindar justicia en controversias donde se encuentra afectado el erario público.

2. PROCEDIMIENTOS PARALELOS EN ECUADOR: *LOS ARBITRAJES BURLINGTON Y PERENCO*

La historia de la explotación de los recursos naturales y, especialmente aquella de la explotación del gas y del petróleo, es una historia viva en el Ecuador, no sólo por ser un país que en gran parte de su historia ha dependido fuertemente de los recursos naturales (como es en general la historia de los países latinoamericanos), sino además porque la explotación de estos recursos ha impactado en la sociedad ecuatoriana misma, en su relación con el medioambiente y en la coexistencia con los pueblos originarios.

1. B. CREMADES e I. MADALENA, "Procedimientos Paralelos en el Arbitraje Internacional", *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 6, 2008.

Sin embargo, la historia del Ecuador y su relación con el petróleo y el gas, no es diferente a aquella de tantos otros países que descubrieran que bajo su corteza terrestre yacen grandes cantidades de este oro negro, pues los Estados constantemente cambian el marco contractual y regulatorio con el objetivo de poder retener una parte de las ganancias que la empresa privada obtiene a través de la explotación de estos recursos no renovables. Esta es una tendencia mundial y una práctica no sólo de las economías en desarrollo, sino también de las naciones desarrolladas[2]. Ecuador no fue una excepción al respecto.

En relación a ello, el sustrato fáctico de los arbitrajes en comento se inserta precisamente en el incremento extraordinario de los precios del petróleo a partir de los primeros años del nuevo siglo y en los intentos del Estado ecuatoriano para incrementar su participación en las ganancias extraordinarias de los contratistas en los Contratos de Participación. Hagamos un poco de historia:

> Hasta los años 90s la figura contractual prevaleciente para la explotación de hidrocarburos en Ecuador era aquella del Contrato de Prestación de Servicios. Bajo esta figura contractual, el gobierno era el único propietario del petróleo y al inversor se le pagaba una tarifa para que prestara servicios de exploración y explotación del recurso. En el año 1993, y con el cambio de paradigma ideológico introducido con las nuevas ideas liberales que predominaron en la época, el Presidente Durán Ballén presentó un proyecto de ley para aumentar la competitividad de Ecuador en la industria petrolera global, reemplazando el modelo del contrato de servicios por aquella del contrato de participación, en que el contratista recibe una participación en la producción del petróleo[3].

2. Véase S. Paushok, CJSC, *Golden East Co. v. the Government of Mongolia*, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 28/04/2011.
3. CIADI, *Burlington Resources Inc c. República del Ecuador*. Decisión sobre la Jurisdicción del Tribunal Arbitral y Decisión sobre Responsabilidad, Caso No. ARB/08/5, 2/06/2010 y 14/12/2012. CIADI, *Perenco Ecuador LTD c. La Republica del Ecuador*, Decisión sobre Las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, Caso No. ARB 08/06, 12/09/2014.

Burlington y Perenco adquirieron en los años 2001 y 2003 los derechos de exploración y explotación de los Bloques 7 y 21. Asimismo, cabe mencionar, que si bien Burlington también adquirió derechos sobre los bloques 23 y 24, los reclamos correspondientes a esos bloques fueron abandonados en el arbitraje y por lo tanto su análisis excede a este comentario. Por su parte Perenco, una empresa controlada por capitales franceses, era el socio mayoritario del consorcio y el operador de los bloques, mientras que Burlington era el socio minoritario poseyendo el 42,5% en el Bloque 7 y 46,25% en el Bloque 21.

> A partir del año 2002, el precio del petróleo comenzó a aumentar. Para el año 2008, el precio del barril se encontraba a más de USD 100 y muy por encima del precio de los precios internacionales que existían en 2001 y 2003 cuando se hicieron las inversiones[4]. Ante esta situación, el Presidente ecuatoriano Palacio (2006) presentó un proyecto de Ley al Congreso donde propuso una participación adicional a favor del Estado de "al menos el 50% de los llamados ingresos extraordinarios", es decir, ingresos derivados del precio del petróleo que superen el precio del petróleo vigente al celebrar los Contratos de Participación[5]. La ley se promulgó como la Ley 42. En 2007, el nuevo Presidente Rafael Correa emitió el Decreto 662, el cual incrementó la alícuota impositiva de la Ley 42 del 50% al 99%[6], probablemente para forzar a las empresas contratistas a aceptar un marco regulatorio distinto en el cual se previera una mayor participación para el Estado.

A diferencia de otros momentos históricos anteriores, el cambio del marco regulatorio y la pretendida participación del Estado en las ganancias extraordinarias producto del incremento en el precio del petróleo, se encontró con Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones (TBIs) en vigencia y con una nutrida casuística que desde principios del siglo ha venido acumulando un número considerable de decisiones que sancionan el cambio regulatorio.

4. CIADI, *Burlington Resources*, N. 3, párrs. 23-24.
5. Ídem, párr. 9.
6. Ídem, párr. 35, CIADI, *Perenco*. N. 3 párrs. 88 y 109.

Dos TBIs son relevantes para este estudio; **(a)** el "Tratado entre Estados Unidos y Ecuador sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones" ("TBI de Ecuador con los Estados Unidos")[7], invocado por Burlington, y **(b)** el "Convenio entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República de Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones" ("TBI con Francia")[8]. Si bien Perenco es una sociedad constituida conforme a las leyes de la Mancomunidad de las Bahamas, es parte del Grupo de Empresas Perenco, fundado por el difunto Hubert Perrodo, de nacionalidad francesa, quien controlaba el grupo empresario con una participación del 92,9%.

Como veremos, la invocación de estos dos distintos Tratados tendrán consecuencias trascendentales para la jurisdicción de los respectivos Tribunales, pues el TBI con Estados Unidos excluye en su Artículo X a todo acto impositivo del gobierno de Ecuador, a excepción de que constituya una expropiación. [9] Mientras que el TBI con Francia no excluye cuestiones impositivas de la jurisdicción del Tribunal arbitral. Por ello el Tribunal del caso Burlington determinó que siendo la Ley 42 una disposición impositiva, su jurisdicción sólo alcanzaba los actos de Ecuador si estos constituían una expropiación, excluyendo de su jurisdicción los reclamos por falta de trato justo y equitativo, trato arbitrario o falta de protección y seguridad plena.

La invocación de los diferentes Tratados también aparejó un distinto tratamiento de los reclamos sustanciales impetrados por las Demandantes:

7. Tratado entre Estados Unidos y Ecuador sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. El tratado fue adoptado el 27 de Agosto de 1993 en Washington DC, y entro en vigor el 11 de Mayo de 1997, disponible en <http://www.sice.oas.org/bits/usaec_s.asp>.
8. Convenio entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República de Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. El tratado fue suscrito entre Francia y Ecuador el 7 de Septiembre de 1994.
9. Tratado entre Estados Unidos y Ecuador sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, N. 7. clausula X(1) del TBI "En lo relativo a sus normas tributarias, cada Parte deberá esforzarse por actuar justa y equitativamente en el trato de las inversiones de los nacionales y las sociedades de la otra Parte. 2. No obstante, las disposiciones del presente Tratado, especialmente de los Artículos VI y VII del mismo, se aplicarán a cuestiones tributarias solamente con respecto a: a) La expropiación, de conformidad con el Artículo III; […]".

1. Como se vio anteriormente, el reclamo de Burlington quedó limitado al reclamo expropiatorio, pues los reclamos fundados en el tratamiento (trato justo y equitativo, trato nacional y protección y seguridad plena) quedaron fuera del reclamo por efecto del Artículo X del Tratado entre Ecuador y los Estados Unidos, el cual establece que las cuestiones impositivas quedan fueran de la jurisdicción del Tribunal.

2. El Tribunal en Perenco si analizó cado uno de los estándares de tratamiento sustancial de la inversión, concluyendo que: **(i)** la Ley 42 con una alícuota del 50% no violó el trato justo y equitativo, porque no hubo ninguna expectativa legítima que haya sido vulnerada, pues un inversor sofisticado como Perenco debía saber que el cambio fundamental de circunstancias, operado por el incremento extraordinario del precio del petróleo, requeriría un ajuste del contrato. No obstante, el Tribunal también determinó que la Ley 42 con una alícuota del 90%, sí era violatorio del estándar del trato justo y equitativo.

3. En relación a la existencia de una expropiación indirecta, las Demandantes sostuvieron, en ambos procedimientos, que el efecto cumulativo de las medidas de Ecuador, comenzando con la promulgación de la Ley 42 (que esencialmente los privó de la oportunidad de obtener ganancias), la aplicación de la Ley 42 a través del embargo y la venta del crudo de petróleo (Procedimiento de Coactiva), la toma física de control de los Bloques y la declaración unilateral de caducidad, resultaron en una incautación total de sus activos[10]. Argumentando, asimismo, que Ecuador no presentó ningún justificativo de necesidad pública para sus acciones y no pagó ni ofreció pagar ninguna compensación.

4. **Efectos Expropiatorios de la Ley 42:** Tanto en relación a la alícuota del 42% y del 99%. Para el Tribunal en Burlington la medida no fue expropiatoria. Según el Tribunal, el factor

10. CIADI, *Burlington Resources*, N. 3, párr. 67. *Perenco* N. 3, párr. 256.

más importante para distinguir entre tributación legítima y confiscatoria es el efecto de la misma[11]. Para que exista expropiación el efecto debe ser la privación plena de un derecho contractual, no reparada y sustancial. En este caso el Tribunal consideró que los derechos de Burlington no fueron sustancialmente privados de valor[12]. La Ley 42 sea con una alícuota del 50% o del 99% no afectó la economía de los CP y por lo tanto no es expropiatoria[13]. El Tribunal en Perenco resolvió que: **(i)** La Ley 42 con una alícuota del 50% y con una alícuota del 90% no privó sustancialmente a Perenco de la inversión ni del control sobre la misma y por lo tanto, no fue una medida equivalente a la expropiación indirecta[14].

5. **Efectos Expropiatorios de los Juicios Coactivos:** El Tribunal en el caso Burlington resolvió que (i) respecto del juicio de coactivas Burlington no fue privado sustancialmente de los derechos de su inversión, y por lo tanto no fue expropiatorio[15]; (ii) Ecuador estaba ejecutando la suma total de los impuestos adeudados en 2008 por Burlington conforme a la Ley 42. Una vez que estos impuestos adeudados hubieran sido pagados, Burlington hubiera continuado percibiendo su participación en la producción de petróleo, al valor económico disminuido por cualquier nuevo impuesto de la Ley 42[16]. Para el Tribunal en el caso Perenco la ejecución de las coactivas no constituyó una expropiación a la inversión, aunque como se señaló anteriormente sí constituyó un incumplimiento de la obligación de conferir un trato justo y equitativo[17].

11. CIADI, *Burlington Resources*, N. 3, párr. 395.
12. Ídem, párr. 388.
13. El Tribunal también razonó que inclusive en el supuesto caso de que hubiera afectado la economía de los CP, tampoco sería sinónimo de incumplimiento automático del TBI con Estados Unidos, sino un mero incumplimiento contractual –que no puede ser equiparado a la confiscación de una propiedad–. Ídem, párr. 383 y 384.
14. CIADI, *Perenco*, N. 3, párrs. 680, 681 y 684.
15. CIADI, *Burlington Resources*, N. 3, párr. 485.
16. Ídem, párr. 479.
17. CIADI, *Perenco*, N. 3, párr. 703.

6. **Efectos Expropiatorios de la ocupación física de los Bloques 7 y 21 por Ecuador:** El Tribunal del caso Burlington encontró que una vez que Ecuador toma posesión física de los bloques debía indemnizar a Burlington, y al no hacerlo lo convierte en una expropiación ilegítima[18], exceptuando los límites establecidos por el Artículo X del Tratado y permitiendo así a la jurisdicción del Tribunal para juzgar sobre esos efectos[19]. El Tribunal, contrariamente a Burlington, resolvió; (i) que cuando el Consorcio anunció su intención de suspender las operaciones, había razones justificadas y válidas para que Ecuador interviniera con el fin de operar los Bloques, para así garantizar su continuidad y mantener su productividad; y (ii) que Ecuador tenía el derecho a operar y mantener los Bloques luego de que el Consorcio se había retirado. Esta intervención -que no interfirió con el derecho del Consorcio de administrar y controlar los Bloques porque el Consorcio había abandonado dicho derecho en forma voluntaria y temporal no constituyó una expropiación[20].

7. **Efectos Expropiatorios de Decreto de Caducidad**: El Tribunal en Burlington resolvió que la terminación de los CP de los Bloques 7 y 21 por medio del procedimiento de caducidad meramente formalizó una situación imperante, pero es irrelevante a los fines del análisis de la expropiación. Como resultado, el Tribunal omitió la revisión de las alegaciones y los argumentos específicos efectuados en relación con la caducidad[21]. La decisión del Tribunal en Perenco es diametralmente opuesta. El Tribunal resolvió que **(i)** si bien Ecuador tenía el derecho a intervenir y operar los bloques no

18. Ídem, párr. 543.
19. El Tribunal en Burlington considera que la suspensión que hizo de la operación en los Bloques estaba legalmente justificada por el derecho ecuatoriano y el derecho internacional, y que Ecuador expropió ilegítimamente su inversión al ocuparlos físicamente. Ecuador considera que la suspensión por parte de Burlington no estaba amparada por el derecho ecuatoriano, derecho internacional ni por los CP, y que fue una puesta en escena para obligarlo a intervenir y aparentar una expropiación indirecta. La ley de Hidrocarburos de Ecuador en su Artículo 74 faculta al Ministerio de Recursos Naturales no Renovables a terminar un contrato decretando su caducidad cuando se suspendieren las operaciones de explotación por más de 30 días sin justa causa.
20. CIADI, *Perenco*, N. 3, párr. 705.
21. CIADI, *Burlington Resources*, N. 3, párr. 536.

estaba obligado a dar por extinguidos los CP mediante una declaración de caducidad. El Ministerio está facultado para declarar la caducidad de los contratos ante alguna de las circunstancias específicas de la Ley de Hidrocarburos de Ecuador, pero no está obligado a hacerlo[22]; (ii) dicha potestad debería haberse ejercido en pos de evitar el proceso de caducidad mientras se esperaba una declaración sobre los derechos y las obligaciones en el proceso arbitral; y por ello (iii) a partir de la fecha de la declaración de la caducidad, momento en que se extinguieron los derechos del Consorcio, Ecuador expropió los derechos contractuales de Perenco en violación del Artículo VI del Tratado.

Finalmente, es importante señalar que el Tribunal en Perenco entendió que tenía jurisdicción para entender sobre los reclamos contractuales, en la medida que el CIADI era también la jurisdicción pactada en el contrato de inversión. El Tribunal resolvió que (i) respecto de la Ley 42 con una alícuota del 50%, la cual posiblemente cambió la economía del CP, no violó el CP porque un inversor sofisticado como Perenco debía saber que el cambio de circunstancias requeriría un ajuste del contrato; y, (ii) respecto de la Ley 42 con una alícuota del 90% existió un incumplimiento contractual del CP[23].

22. CIADI, *Perenco*, N. 3, párr. 706.
23. Ídem, párr. 713.

Medidas de Ecuador	Burlington	Perenco
Las Medidas Impositivas están exceptuadas de la Jurisdicción del Tribunal excepto en el caso de Expropiación	Si. Por efecto del Artículo X del Tratado entre Ecuador y los Estados Unidos.	No. No existe similar norma similar en el Tratado entre Ecuador y Francia.
Efectos Expropiatorios de la Ley 42 con una alícuota del 50%	No.	No.
Efectos Expropiatorios de la Ley 42 con una alícuota del 99%	No.	No.
Efectos Expropiatorios de los Juicios Coactivos.	No.	No. Sin embargo, encontró que los juicios coactivos si violaban el estándar de trato justo y equitativo.
Efectos Expropiatorios de la Ocupación Física de los Bloques 7 y 21.	Si.	No.
Efectos Expropiatorios del Decreto de Caducidad	No.	Si.
Efectos sobre el Trato Justo y Equitativo de la Ley 42 con una alícuota del 50%	No se expide al haber declarado la inexistencia de jurisdicción por efecto del Artículo X del Tratado.	No.
Efectos sobre el Trato Justo y Equitativo de la Ley 42 con una alícuota del 99%	No se expide al haber declarado la inexistencia de jurisdicción por efecto del Artículo X del Tratado.	Si viola el estándar de Trato Justo y Equitativo.

3. La Fisonomía de los Procedimientos Paralelos

Nada impide que en determinadas circunstancias, una misma controversia desencadene dos o más procedimientos. Ello puede suceder en un procedimiento (arbitral) de inversión sino también en la justicia doméstica de los distintos países. Sin embargo, todos los sistemas jurídicos tienen una forma de evitar la sustanciación paralela de procedimientos, obligando a alguno de los magistrados a declinar su jurisdicción.

La mayoría de los Tratados de Protección de Inversiones, salvo honrosas excepciones que confirman la regla [y que analizaremos a continuación], no prevén una solución para procedimientos arbitrales paralelos. Inclusive, las normas de estos Tratados –a través de su letra o de su silencio– parecen promoverlo. Asimismo, las normas procesales (sean las Reglas de Procedimiento del CIADI o los reglamentos de la CNUDMI) mantienen absoluto silencio al respecto y los Tribunales internacionales no se han mostrado dispuestos a considerar que ante el silencio de los Tratados era de aplicación el Derecho Internacional General que disponía de normas al respecto.

Inclusive asumiendo el riesgo de olvidar alguna de las causales, y apartándonos parcialmente de las consideraciones realizadas por Cremades y Madalena, las principales razones por las que se presentan procedimientos paralelos en el arbitraje internacional de inversiones son las siguientes:

(a) La proliferación de Tratados de Inversión
(b) Los reclamos que el inversor puede realizar frente a los Tribunales domésticos del país receptor de la inversión
(c) Los reclamos que el inversor puede realizar bajo el contrato
(d) Las Acciones Indirectas
(e) La carencia de un sistema efectivo y obligatorio de acumulación de procedimientos.

Sin embargo, y por las razones que explicaremos, dos de estas causales explican la casi totalidad de la casuística: las acciones indirectas y la inexistencia de un sistema de acumulación de procedimientos. Las demás causales pueden fácilmente ser excluidas, y así ha ocurrido por efecto de las decisiones de los Tribunales.

(a) Como explicaremos a continuación, la proliferación de Tratados de Inversión no es por sí misma la causal de la existencia de procedimientos paralelos. La proliferación de tratados requiere una causa adicional, especialmente aquella que denominamos *acciones indirectas* para constituirse en la fuente de procedimientos paralelos[24].

(b) El problema de la duplicidad de reclamos frente a los Tribunales domésticos del país inversor y el inicio de un arbitraje de inversión, ha sido resuelto a través de la norma existente en un número considerable de tratados y que ha recibido coloquialmente el nombre de *fork in the road.* Es decir, habiendo optado el inversor por iniciar un procedimiento judicial, ello conlleva automáticamente el abandono de la vía arbitral. Asimismo, es necesario considerar que pocos inversores intentarán recurrir a los Tribunales domésticos pues la existencia misma de este sistema arbitral se fundamenta en una desconfianza en los Tribunales locales.

(c) Los reclamos paralelos bajo *el Contrato* o bajo *el Tratado,* hace tiempo que han dejado de ser una preocupación para los Tribunales. Aunque el reclamo bajo el Tratado surja en relación a una actividad contractual, la *base* [entiéndase fuente, como causa] del reclamo debe encontrarse en el Tratado, es decir, la norma violada tiene que ser una norma de derecho público internacional contenida en el Tratado[25]. Por supuesto, los reclamos paralelos pueden coexistir, pero su contenido, el tipo

24. Hay sí un fenómeno que pocas veces se ha planteado: que una parte Demandante invoque más de un Tratado, al poder esa parte reclamar más de una nacionalidad. No analizaremos aquí esa conducta, sólo diremos que sin las denominadas *acciones indirectas*, tampoco este fenómeno se presentaría.
25. Excepción a este principio puede darse en el caso de que exista en el tratado respectivo una cláusula paraguas. Sin embargo, la interpretación de los efectos de la cláusula paraguas no es unívoca, y por lo tanto omitiremos esa temática en el presente análisis.

de norma y las consecuencias jurídicas (especialmente la valoración de los daños) serán enteramente diversas.

Un fenómeno aparte, a los fines de la causación de procedimientos paralelos y potencialmente sentencias contradictorias son las *acciones indirectas* y la carencia de un sistema efectivo de acumulación de procedimientos:

Acciones Indirectas

Las acciones indirectas son los reclamos presentados por los distintos accionistas que constituyen un consorcio o por los individuos que realizan una inversión en conjunto y que reclaman por su cuota parte. De esta manera, y respecto a un solo conjunto de circunstancias fácticas, se presentan reclamos autónomos generando una pléyade de Tribunales arbitrales dispuestos, cada uno, a hacer escuchar su propia opinión sobre los hechos o el derecho aplicable. Muchos de los casos más notorios y que se citan frecuentemente como los ejemplos más ominosos de procedimientos arbitrales surgen de esta circunstancia. Burlington y Perenco (contra la República del Ecuador), Lauder y CME (contra la República Checa), CMS y LGE (contra la República Argentina), pertenecen a esta categoría[26].

Inexistencia de un Mecanismo de Acumulación de Procedimientos

Con la distinguida excepción del NAFTA, la Acumulación de Procedimientos no se encuentra prevista en la mayoría de los Tratados bilaterales de inversión y prácticamente ausente en las principales normas de procedimientos aplicables a los procedimientos de inversión. Por ello, y especialmente en el caso que medidas del Estado que afectan a un cúmulo de inversores extranjeros, como ocurriera con la Crisis Económica y Social en Argentina (2001) o con la Ley 42, como en el caso bajo estudio, la

26. Para mayor abundamiento sobre esta cuestión véase G. Bottini, "Indirect Claims under the ICSID Convention", *Penn. Journal of International Law*, Vol. 29, 2008.

falta de una norma clara de acumulación de procedimientos y que no requiera de la voluntad de las Partes, arroja necesariamente [por la autonomía de los Tribunales arbitrales y la individualidad de sus miembros] resultados contradictorios que atentan contra la credibilidad del sistema de solución de controversias[27].

El arbitraje internacional fue pensado como un medio para resolver asuntos entre comerciantes y hacerlo en forma rápida y confidencial en modo de no afectar una relación que en la medida de lo posible debe continuar. Por el contrario, un arbitraje de inversión plantea un escenario en que la relación entre el Estado y el inversor ha llegado a tal deterioro que el inversor ha sido objeto de un alegado tratamiento abusivo por parte del Estado (violación de alguno de los estándares de tratamiento) o el Estado ha tomado la propiedad sobre los bienes objeto de la disputa (expropiación) que conlleva la violación de estándares mínimos de civilidad.

En el arbitraje [comercial] internacional puede haber una decisión injusta o inclusive una decisión carente de fundamentos porque los valores inmediatos que persigue son los de la resolución rápida y efectiva de los conflictos. En el arbitraje de inversión, por el contrario, y dada la presencia del Estado como uno de los contendientes, la protección de la cosa pública y el bien común de los ciudadanos en el corazón de la disputa, se exige que la decisión se encuentre debidamente fundamentada y alcance los más altos estándares de justicia, objetivos que la celeridad del arbitraje (comercial) internacional no necesariamente persigue.

Por ello, las decisiones contradictorias ante situaciones fácticas y jurídicas similares que generadas por los procedimientos paralelos acarrean la pregunta necesaria de si el actual mecanismo de solución de disputas no requiere de urgentes reformas para realmente satisfacer a sus usuarios y aquellos terceros [como

27. Véase B. Cremades e I. Madalena, N. 1, p. 80.

la sociedad civil] que tienen la expectativa de que la disputa sea resuelta conforme a los más altos estándares de la civilización moderna.

4. Conclusión

Las Decisiones arbitrales en los casos Burlington y Perenco ejemplifican las consecuencias negativas que acarrea el hecho de que un mismo escenario fáctico sea analizado por dos o más tribunales actuando en forma totalmente autónoma uno de otro y sin que exista un procedimiento posterior de casación que pueda consensuar ambas decisiones. Dado que estos tribunales están compuestos por distintos individuos, las decisiones sólo pueden ser diferentes, tanto en el resultado económico como en los argumentos legales con los que cada Tribunal justifica sus decisiones.

Al momento en que escribo esta contribución, todavía no se conoce el monto de la indemnización que Ecuador deberá pagar en cada uno de estos arbitrajes, aunque sí sabemos que ha sido condenado en ambos procedimientos. La frialdad de los números nos hará saber en cuánto difieren las decisiones. No obstante, las diferencias en los razonamientos legales ya son patentes. Cada Tribunal fundamenta su decisión, como si ambos hubieran estado juzgando distintos hechos y aplicando distinto derecho, cuando paradójicamente la situación fáctica es idéntica, y más allá del Artículo X del Tratado entre Ecuador y los Estados Unidos, el derecho aplicable es el mismo (concepto de expropiación en el derecho internacional público).

Este distinto tratamiento no solo afecta al Estado sino también al inversor y llena de incertidumbre las relaciones jurídicas. Pareciera difícil que un especialista en la materia, que es consultado por un cliente, sea éste el Estado o el inversor, pueda dar *a priori* un parecer inequívoco sobre el posible resultado de una disputa que es sometida a su consideración. Al ser el Arbitraje de Inversión un sistema totalmente descentralizado, sólo es posible

ensayar teorías a partir de tendencias, pero claramente no es posible determinar la existencia de una jurisprudencia.

Esta incoherencia (en los resultados) que observamos crea incertidumbre y ofrece un perfil del sistema de inversión susceptible de fácil crítica por aquellos detractores del sistema. Asimismo, la parte que resulte perdidosa quedará con el sabor amargo de una decisión que no necesariamente responde al valor justicia sino a la conformación del Tribunal arbitral lo cual plantea el gran interrogante de sí es el arbitraje (tal como lo conocemos hoy) la forma más apta para resolver disputas que requieren justicia y una detallada fundamentación de la decisión. Tampoco debe olvidarse que estas decisiones son definitivas y que los remedios que existen hacen sólo a la integridad del procedimiento (aunque normalmente se abusen en la búsqueda quimérica de revertir el resultado).

El arbitraje bajo la nueva Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera

Daniela A. Brito Pusic y Pablo Cevallos Palomeque***

Recibido/Received: 16/12/2015
Aceptado/Accepted: 19/08/2016

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** Breves apuntes sobre la Ley APP. **3**. Inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos de gestión delegada. **3.1** ¿Se requiere pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado para pactar el arbitraje bajo la Ley APP? **3.2** ¿La cláusula arbitral debe ser aprobada por el Comité Interinstitucional de Asociaciones Público - Privadas previsto en la Ley APP? **3.3** Cláusula escalonada. **3.3.1** Carga de agotar la vía administrativa. **3.4** Restricción al arbitraje internacional. **3.5** Potestades regulatoria y tributaria como materias excluidas del arbitraje. **4.** Introducción de un novedoso método alterno de solución de conflictos: La Junta de Resolución de Disputas. **5.** Propuesta de cláusulas modelos para los contratos de gestión delegada. **5.1** Primer párrafo: mediación o diálogos directos. **5.2** Segundo párrafo: Regulación de la vía administrativa. **5.3** Tercer párrafo: arbitraje administrado o independiente. **6.** Conclusiones.

PALABRAS CLAVES: asociación público privada, arbitraje, cláusula escalonada, agotamiento de la vía administrativa, Junta de Resolución de Disputas.

* Abogada Asociada de la firma Apolo Abogados. Abogada por la Universidad Particular de Especialidades Espíritu Santo.
** Abogado Asociado de la firma Apolo Abogados. Abogado por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Magister en Derecho Administrativo por la Universidad Católica Santiago de Guayaquil.

D. Brito y P. Cevallos, "El arbitraje bajo la nueva Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 2015.

KEYWORDS: public private partnership, arbitration, multi-tier clause, exhaustion of the administrative procedures, Dispute Resolution Board.

RESUMEN: Ecuador se apresta a expedir la Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera que busca fomentar la inversión extranjera y nacional en el país, ofreciendo una serie de incentivos económicos y seguridades jurídicas para el inversionista. Entre estos, el proyecto propone la posibilidad de pactar cláusulas arbitrales con el Estado ecuatoriano, a través de los contratos de gestión delegada. No obstante, realizando un análisis de los artículos de la ley se encuentra una cadena de dificultades en su aplicación, los cuales podrían hacer imposible el inicio del arbitraje. A lo largo de este trabajo, se examinarán estos problemas y otras novedades de la ley como la implementación de la Junta de Resolución de Disputas.

ABSTRACT: Ecuador is preparing to enact the Organic Law on Incentives for Public Private Partnerships and Foreign Investment seeking to encourage foreign and domestic investment in the country, offering a range of economic incentives and legal guarantees for investors. Among these, the project proposes the possibility of negotiating arbitration clauses with the Ecuadorian State, through delegated management contracts. However, by analyzing the articles of the law a chain of difficulties can be found in its enforcement, which could make it impossible to start the arbitration. Throughout this paper, these problems and other developments in the law will be analyzed, such as the Dispute Resolution Board.

1. Introducción

Como la historia legislativa lo evidencia, desde el año 2008 el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos entre los particulares y el Estado ecuatoriano, se ha restringido enorme-

mente, tanto en materia de protección de inversiones como en contratación pública. Primero, la Asamblea Nacional Constituyente mediante la expedición de la Constitución de la República del Ecuador (CRE), luego, las disposiciones gubernamentales y, finalmente, las resoluciones del Procurador General del Estado (PGE) han prácticamente eliminado la posibilidad de someter a arbitraje las controversias con el Estado ecuatoriano, luego de que –en un intento por atraer la inversión al país– se había logrado la ratificación de una serie de tratados bilaterales que lo contemplaban.

La CRE creó la base de la restricción del arbitraje, disponiendo que cuando estuviese involucrado el Estado éste sólo podría ser en Derecho y, en materia de contratación pública, debía obtenerse previamente el pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado, en los casos establecidos en la Ley[1]. Asimismo, provocó la denuncia de una serie de tratados internacionales, prohibiendo la cesión de jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional[2]. Por su parte, el Procurador General del Estado expidió un Instructivo[3] en el que estableció que todo proceso de contratación pública donde se pretenda incorporar cláusulas compromisorias requeriría de su autorización.

Asimismo, el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) (antes Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP), mediante resoluciones y modelos obligatorios de pliegos de contratación, inició la restricción requiriendo el pronunciamiento favorable del Procurador para todos los procesos de contratación pública donde se pacten arbitrajes[4], hasta que finalmente el Gobierno Nacional decidió eliminar la posibilidad de que las

1. Constitución de la República del Ecuador (CRE), Artículo 190, RO No. 449, 20/10/2008.
2. Ídem, Artículo 422.
3. Resolución No. 122, RO No. 254, 27/05/2014.
4. En los formatos obligatorios del SERCOP se contempla la siguiente cláusula modelo: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
   21.01.- Si se suscitaren divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del presente contrato, cuando las partes no llegaren a un acuerdo amigable directo, podrán utilizar los métodos alternativos para la solución de controversias en el Centro de Mediación y Arbitraje (poner nombre del Centro).
   Para que proceda el arbitraje en derecho, debe existir previamente el pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado, conforme el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador.

instituciones que componen la Función Ejecutiva pacten cláusulas arbitrales en los contratos regidos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP)[5].

Sin embargo, una nueva necesidad de inversión en el Ecuador ha hecho al legislador reconsiderar esta postura y permitir nuevamente pactar cláusulas arbitrales, como una herramienta de protección a los gestores privados que decidan asociarse con el Estado. Pero, por los graves síntomas de ostracismo y votos de desconfianza que aún existen hacia este mecanismo, los asambleístas han dispuesto una serie de condicionamientos que dificultan seriamente el acceso a la vía arbitral.

21.02.- En el caso de que se opte por la jurisdicción voluntaria, las partes acuerdan someter las controversias relativas a este contrato, su ejecución, liquidación e interpretación a arbitraje y mediación y se conviene en lo siguiente:
21.02.01.- Mediación.- Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a su ejecución, liquidación e interpretación, será resuelta con la asistencia de un mediador del Centro de Mediación de (ciudad) en el evento de que el conflicto no fuere resuelto mediante este mecanismo de solución de controversias, las partes se someten al Arbitraje de conformidad con las siguientes reglas:
21.02.02.- Arbitraje

- El arbitraje será en Derecho.
- Las partes se someten al Centro de Arbitraje de […].
- Serán aplicables las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación, y las del reglamento del Centro de Arbitraje de […].
- El Tribunal Arbitral se conformará por un árbitro único o de un número impar según acuerden las partes. Si las partes no logran un acuerdo, el Tribunal se constituirá con tres árbitros. El procedimiento de selección y constitución del Tribunal será el previsto en la Ley y en el Reglamento del Centro de Arbitraje […].
- Los árbitros serán abogados y preferiblemente con experiencia en el tema que motiva la controversia. Los árbitros nombrados podrán no pertenecer a la lista de árbitros del Centro.
- Los asuntos resueltos mediante el laudo arbitral tendrán el mismo valor de las sentencias de última instancia dictadas por la justicia ordinaria.
- La legislación ecuatoriana es aplicable a este Contrato y a su interpretación, ejecución y liquidación.
- La sede del arbitraje es la ciudad de […].
- El idioma del arbitraje será el Castellano.
- El término para expedir el laudo arbitral será de máximo 90 días, contados desde el momento de la posesión del (los) árbitro(s).

21.03.- Si respecto de la divergencia o divergencias suscitadas no existiere acuerdo, y las partes deciden someterlas al procedimiento establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, será competente para conocer la controversia el Tribunal Provincial de lo Contencioso Administrativo que ejerce jurisdicción en el domicilio de la Entidad del sector público. Las entidades contratantes de derecho privado, en este caso, recurrirán ante la justicia ordinaria. (Para este numeral, los pliegos se ajustarán dependiendo de la condición jurídica de la CONTRATANTE).
21.04.- La legislación aplicable a este Contrato es la ecuatoriana. En consecuencia, el CONTRATISTA renuncia a utilizar la vía diplomática para todo reclamo relacionado con este Contrato. Si el CONTRATISTA incumpliere este compromiso, la CONTRATANTE podrá dar por terminado unilateralmente el contrato y hacer efectivas las garantías.

5. Oficio número T.1-C.1-SNJ-12-1134 del 05/10/2012, suscrito por el Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República.

En este artículo analizaremos la posibilidad que otorga la nueva Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera (Ley APP) de incluir métodos alternos de solución de conflictos en los contratos de gestión delegada y los problemas que la propia Ley plantea para su implementación, e intentaremos dar respuesta a una serie de preguntas que surgen de esta ley, pero que su texto no regula, para finalmente brindar al lector posibles soluciones para lograr la aplicabilidad de las cláusulas compromisorias.

A lo largo de este trabajo analizaremos: i) los casos en que se requiere autorización del Procurador General del Estado para pactar arbitraje en el marco de la Ley APP; ii) si las cláusulas compromisorias deben ser aprobadas previamente por el Comité Interinstitucional de Asociaciones Público - Privadas previsto en la Ley APP; iii) la exigencia de que las cláusulas compromisorias sean escalonadas y las complicaciones que esto puede causar al inversionista para acceder al arbitraje pactado, haciendo un énfasis especial en el requerimiento de agotar la vía administrativa; iv) la restricción de los arbitrajes internacionales, que sólo podrían ser conocidos por organismos regionales latinoamericanos; v) la exclusión de las potestades regulatorias y tributaria como materias de discusión en el arbitraje; vi) haremos un breve comentario respecto a la inclusión de un novedoso método alternativo de solución de conflictos: la Junta de Resolución de Disputas; y, vii) Finalmente, plantearemos para la discusión una cláusula modelo para pactar arbitrajes bajo la Ley APP.

2. Breves apuntes sobre la Ley APP

La Ley APP materia de este artículo fue propuesta por el Presidente de la República del Ecuador, en ejercicio de su iniciativa legislativa, con el carácter de proyecto de ley urgente en materia económica, y fue aprobada en primer y segundo debate por la Asamblea Nacional[6]. El principal objetivo de este cuerpo legal es incentivar la inversión, otorgando ciertos beneficios tributarios a

las compañías que se asocien con el Estado ecuatoriano con el objeto de llevar a cabo proyectos de infraestructura para servicios de interés público, servicios públicos y determinados sectores estratégicos. Estas asociaciones podrán realizarse por delegación del Gobierno Central o de los Gobiernos Autónomos Descentralizados a los gestores privados, mediante contratos de gestión delegada. Los proyectos tendrán como fin proveer bienes, obras o servicios que sean de interés general, y podrán ser total o parcialmente financiados por el Estado ecuatoriano o los inversores privados[7].

La ley crea el Comité Interinstitucional de Asociaciones Público - Privadas, perteneciente a la Función Ejecutiva, y encargado de coordinar y articular las políticas, lineamientos y regulaciones relativos a las asociaciones Público - Privadas. Este organismo colegiado será el encargado de aprobar los proyectos públicos y aplicar el régimen de incentivos[8]. Con el fin de incentivar la inversión, la Ley APP crea un completo régimen de incentivos, entre los que destacan los beneficios tributarios y la estabilidad jurídica de la normativa que sea declarada como esencial para la inversión. Asimismo, incluye la posibilidad de pactar cláusulas arbitrales y otros mecanismos alternativos de solución de conflictos.

3. Inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos de gestión delegada

La CRE reconoce, de manera general, los métodos alternativos de solución de conflictos[9]. En materia de contratación pública, el Reglamento a la LOSNCP ha adoptado la implementación de estos mecanismos, señalando la posibilidad de someterse a: arbi-

6. A la fecha de presentación de este artículo, 15/12/2015, la Ley está aún en proceso de aprobación. La Asamblea Nacional está debatiendo el veto del Presidente de la República, pero es de anotar que los artículos 19 y 20 que regulan la solución de conflictos, no han sido materia del veto, por lo que conforme al procedimiento legislativo, entrarán en vigencia con el texto aprobado en segundo debate.
7. Ley APP, Artículo 8, RO Sup. No. 652, 18/12/2015.
8. Ídem, Art. 4.
9. CRE, N. 1.

traje, mediación, conciliación, amigable composición y transacción. [10] Asimismo, en el ámbito de las inversiones, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones permite someter las controversias ante tres mecanismos: los diálogos directos, la mediación y, por último, el arbitraje[11].

A pesar de encontrarse amplia y legalmente reconocido, el arbitraje con instituciones estatales ha sido fuertemente restringido hasta llegar, en algunas materias, a prohibirse. No obstante, pareciera que la Ley APP busca rectificar esta situación, estableciendo en sus artículos 19 y 20 la posibilidad de pactar cláusulas arbitrales en los contratos de gestión delegada. Pero, lamentablemente, esta nueva esperanza se desvanece rápidamente al notar que, aun cuando teóricamente se puede ir a arbitraje contra el Estado ecuatoriano, se han incorporado varias restricciones materiales y procedimentales. El texto de los citados artículos es el siguiente:

> **Artículo 19.- Norma General.** En el caso de que se sometan las controversias contractuales al arbitraje internacional, este se realizará ante una instancia arbitral regional latinoamericana. Las partes contractuales podrán designar los órganos jurisdiccionales arbitrales en la Región Latinoamericana.
>
> **Artículo 20.- Reglas para la Resolución.** Para la resolución de controversias que surjan entre las partes respecto de contratos de gestión delegada bajo la modalidad de asociación público - privada suscritos en el marco de la presente Ley, se seguirán las siguientes reglas:
>
> 20.1. Cuando la parte que se estime afectada comunique a la otra el objeto de la controversia, estas podrán solucionar la disputa mediante diálogos directos o mediación.
>
> 20.2. Si las partes no llegan a un acuerdo que solucione la controversia mediante diálogos directos o mediación y previo

10. Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Artículo 160, RO Sup. 588, 12/05/2009.
11. Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI), Artículo 2, RO Sup. 351, 29/12/2010.

> agotamiento de la vía administrativa, la controversia podrá ser resuelta mediante arbitraje nacional o internacional regional, como última instancia, conforme con lo dispuesto en el contrato de gestión delegada.
>
> No se someterán a arbitraje los asuntos tributarios, así como ningún otro acto que se derive directamente de la potestad legislativa y regulatoria del Estado ecuatoriano.
>
> Le corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa la resolución de las controversias que se susciten respecto de contratos de gestión delegada:
>
> a. Cuando no se haya pactado arbitraje nacional o internacional regional en el contrato de gestión delegada.
>
> b. En los casos que corresponda, si transcurrido el plazo previsto para la notificación al interesado con la resolución que agota la vía administrativa, no se ha ejercido la acción ante la jurisdicción arbitral pactada en el correspondiente contrato de gestión delegada.
>
> Las partes podrán pactar arbitrajes o dictámenes técnicos de conformidad con términos y estipulaciones previstos en el contrato de gestión delegada para resolver controversias puramente fácticas surgidas durante la ejecución o liquidación del respectivo contrato.

La Ley APP deja sin regular ciertos aspectos de gran importancia para la implementación de las cláusulas compromisorias en los contratos de gestión delegada, pues deja sin definir si requieren de pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado y de aprobación del Comité Interinstitucional de Asociaciones Público - Privadas. Por otro lado, contempló una serie de condicionamientos que dificultan excesivamente o, incluso, imposibilitan el acceso al arbitraje al inversionista. La Ley APP exige que –para someter cualquier controversia surgida de los contratos de gestión delegada– se cumpla con un proceso de negociación obligatoria entre las partes, a través de mediación o diálogos directos, y, posteriormente, exige el agotamiento de la vía

administrativa. Adicionalmente, se restringe el arbitraje excluyendo el conocimiento de materias esenciales, y se limita el arbitraje internacional a la región latinoamericana. A continuación, plantearemos nuestras respuestas a estas interrogantes.

3.1 ¿Se requiere pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado para pactar el arbitraje bajo la Ley APP?

La Ley APP no determina si es necesario o no obtener la autorización previa del Procurador General del Estado para pactar arbitrajes nacionales o internacionales en el ámbito de los contratos de gestión delegada. Los artículos 19 y 20 regulan varios aspectos de los arbitrajes, pero no modifican las reglas para pactar arbitrajes por parte del sector público. En tal virtud, consideramos que la Ley APP no modifica el esquema general de autorizaciones previas previstas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para el arbitraje. Los artículos 190 y 422 de la CRE, los artículos 4 y 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (LOPGE), y las reglas del Instructivo de Arbitraje expedido por la Procuraduría General del Estado, de ninguna forma se ven reformados o derogados, por la entrada en vigencia de la Ley APP.

No habiéndose modificado el esquema general de autorizaciones previas, es necesario dilucidar si bajo el artículo 190 de la CRE, los contratos sometidos a la Ley APP deben considerarse como parte de la materia de "contratación pública" regulada por dicho artículo. La respuesta la encontramos en la legislación y demás normativa secundaria, tales como la LOSNCP, su Reglamento, la normativa secundaria expedida por el SERCOP, y el Instructivo de Arbitraje de la Procuraduría General del Estado, que establecen lo que en términos de nuestra legislación debe entenderse como contratación pública, circunscribiéndolo al ámbito de los contratos regulados por la LOSNCP.

El artículo 1 del Instructivo de Arbitraje de la Procuraduría General del Estado parece así indicarlo, al establecer los casos en que se requiere de su autorización para pactar cláusulas arbitrales, y en los mismos no se incluye todo el espectro de relaciones contractuales que puede pactar el Estado ecuatoriano. Por ejemplo, no se incluyen las delegaciones a la iniciativa privada reguladas por el Código de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI) y por el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomías y Descentralización (COOTAD), ni los mecanismos asociativos contemplados en la Ley Orgánica de Empresas Públicas. Por otro lado, la Corte Constitucional ha establecido que en el artículo 190 la expresión "contratación pública" debe entenderse como:

> la relación contractual del Estado con las entidades del sector público y privado, relacionadas, por ejemplo, con licitaciones, concurso público de ofertas, etc., mismas que según mandato constitucional están obligadas a realizar un arbitraje en derecho.- Por otra parte, en lo que se refiere al Estado ecuatoriano como sujeto de derecho y obligaciones internacionales, como las originadas como la contratación de deuda externa, que es el caso, las reglas aplicables son las contenidas en el artículo 422 inciso final[…][12]

Si bien las expresiones de la Corte Constitucional no son del todo claras, admiten la posibilidad de que no todas las relaciones contractuales del Estado se deben considerar como contratación pública, y desde nuestro punto de vista, las relaciones contractuales suscritas bajo la Ley APP, difieren esencialmente de las relaciones contractuales suscritas bajo la LOSNCP, especialmente en la distribución de los riesgos y en su financiamiento, pues los contratos suscritos bajo la LOSNCP se financian con fondos públicos y su disponibilidad se debe certificar, mientras que las asociaciones público privadas están concebidas esencialmente para que el sector privado realice inversiones en materias reservadas para el Estado.

12. Corte Constitucional para el Periodo de Transición. Sentencia Interpretativa No. 0001-09-SIC-CC, Caso No.0005-09-IC, 16/03/2009, RO No. 549.

Podemos deducir que bajo el artículo 190 de la CRE, no todo contrato suscrito por una institución del Estado debe ser considerado como "contratación pública", pues dicha expresión en ese artículo tiene un alcance definido en la legislación. Encontramos que, conforme a la legislación vigente, para someterse a arbitraje nacional en el marco de un contrato suscrito bajo la Ley APP, solo se requerirá contemplar la cláusula arbitral en el Contrato de Gestión Delegada que se suscriba (artículo 4 LAM Y 20.2 Ley APP), cumpliendo con los requisitos previstos en el referido artículo 4 de la LAM y en los propios artículos 19 y 20 de la Ley APP. Para someterse a arbitraje internacional, se requerirá además obtener previamente la autorización del Procurador General del Estado (Art. 190 CRE, Art. 42 LAM).

Ahora nos corresponde dilucidar un aspecto final: ¿En qué momento debe obtenerse la autorización del Procurador General del Estado? ¿Antes de la aprobación del proyecto por el Comité Interinstitucional de APP, o después de dicha autorización? Para contestar esta pregunta, debemos acudir a las normas generales de arbitraje: en caso de pactarse arbitrajes internacionales en los Contratos de Gestión Delegada, deberá solicitarse la autorización del Procurador General del Estado previo a la firma del Contrato, sobre la base de la versión final y definitiva del contrato, conforme lo exige el artículo 4 letra a) del Instructivo de Arbitraje.

Nuevamente, no hay modificación al régimen general de autorizaciones previas en materia arbitral, aunque convendría analizar la posibilidad de que mediante normativa secundaria, dicha cláusula pueda aprobarse antes del respectivo concurso público para contratar al gestor privado, justamente para evitar incertidumbre jurídica o cambio de reglas durante el proceso de contratación.

3.2 ¿La cláusula arbitral debe ser aprobada por el Comité Interinstitucional de Asociaciones Público - Privadas previsto en la Ley APP?

La respuesta a esta pregunta la encontramos en los artículos 6, 9 y 12 de la Ley APP, en la cual se describe el alcance de la autorización que otorga el Comité Interinstitucional. El artículo 6 contempla entre las atribuciones del Comité Interinstitucional la siguiente: "6.3.- Aprobar, a propuesta de la entidad delegante, los proyectos que se desarrollarán bajo la modalidad de asociación público-privada y el régimen de incentivos previsto en esta Ley". Por su parte, el inciso segundo del artículo 9 establece que corresponde a la autoridad delegante "requerir al Comité Interinstitucional la aprobación del proyecto público, aplicación de los incentivos y beneficios previstos en esta Ley para los proyectos públicos que se promuevan." El primer inciso del artículo 12 de la Ley APP establece que:

> [l]a selección del gestor privado se efectuará mediante concurso público, convocado por la entidad delegante, previa aprobación del proyecto público por parte del Comité Interinstitucional. Para ello, la entidad delegante formulará el pliego de bases administrativas, técnicas y económico-financieras, los términos contractuales que regirán, en su caso, el procedimiento y la relación entre la entidad delegante y el gestor delegado.

De la lectura del articulado citado, podemos concluir que el pronunciamiento del Comité Interinstitucional se limita a la aprobación del proyecto y sus incentivos y beneficios. Corresponderá al propio Comité Interinstitucional definir como se deberá presentar el proyecto a ser conocido y aprobado por el Comité Interinstitucional, bien sea a nivel de perfil de proyecto, a nivel de estudio de factibilidad, o a nivel de diseños definitivos, y el alcance de la información que deberá conocer el Comité. Para ello, el Comité deberá expedir las guías generales y notas técnicas previstas en el artículo 6.5 de la Ley APP. En todo caso, parece claro

a nuestro análisis que las condiciones contractuales, incluyendo la cláusula arbitral que se incluya, no deberá ser sometida a aprobación del Comité Interinstitucional.

3.3 Cláusula escalonada

La Ley obliga a las partes a cumplir un estricto procedimiento, constituido por dos etapas, para poder someter su controversia a un arbitraje. El cumplimiento de estas etapas es un requisito esencial que debe ser observado y cumplido, pues, en su defecto, el arbitraje no podrá celebrarse. En la negociación del contrato, si las partes desean incorporar una cláusula arbitral, deberán decidir si, al momento de suscitarse una controversia entre ellas, acudirán a una mediación o dialogarán directamente para intentar resolver su diferencia.

De este modo, en el momento en el que nace la controversia, la parte que se sienta perjudicada deberá informarle a la otra de esta situación, con el objeto de iniciar la mediación o los diálogos directos. Si las partes no pudieren llegar a un acuerdo que dé fin a sus conflictos, la parte que se sienta afectada deberá, por mandato de la Ley, iniciar acciones ante la institución estatal hasta agotar la vía administrativa. Si agotada la vía administrativa, aún no se ha podido resolver la controversia, la parte que se sienta afectada (el inversionista o contratista) recién podría presentar una solicitud de inicio de arbitraje.

Esta modalidad es conocida como cláusula escalonada. La cláusula escalonada es una estipulación contractual que prevé diferentes etapas que las partes deben cumplir antes de comenzar el arbitraje, con el fin de llegar a soluciones amigables, evitando la confrontación. El arbitraje se realizará si todos los esfuerzos para arreglar la disputa han fallado[13]. Se entiende que una cláusula es escalonada cuando en la misma se prevé dos o tres métodos distintos para solucionar las controversias, que deben

13. A. Jolles, *Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement*, Sweet & Maxwell Limited, 2006, pp. 329-338.

realizarse en un orden predeterminado por las partes, siendo el arbitraje, usualmente, el último escalón. En estos casos, las partes pretenden obligarse a sí mismas a intentar resolver amistosamente sus diferencias, arriesgándose a una objeción de admisibilidad en el arbitraje, en caso de no hacerlo o no cumplir adecuadamente con estos mecanismos[14].

Uno de los mayores problemas de este tipo de cláusulas es que dificultan el inicio de un arbitraje, pudiendo incluso impedir el acceso al arbitraje a una de las partes. Esta dificultad se da por la falta de delimitación de las partes a las etapas pre-arbitrales, lo cual en algunos casos hace imposible determinar cuándo éstas se han cumplido y permiten que la otra parte obstruya el inicio del arbitraje, alegando la falta de cumplimiento de las etapas pre-arbitrales[15].

Las partes que quieran someter sus controversias a arbitraje, en la modalidad de contratos establecidas en esta ley, deben tener en consideración esta situación, por lo que, al momento de elaborar el contrato, deben pactar expresamente los tiempos y regular los mecanismos, estableciendo de qué formas se entienden cumplidas las etapas pre-arbitrales. En este caso tenemos dos mecanismos alternos de solución de conflictos, entre los que tenemos que elegir: diálogos directos y mediación.

Consideramos que la mediación es un mecanismo que brinda mayores seguridades a las partes. En primer lugar, el procedimiento de la mediación es estructurado y ya se encuentra regulado en nuestra legislación. En este sentido, podemos claramente conocer cuándo comienza y termina, y el procedimiento que debe seguirse para entenderse cumplida. En segundo lugar, interviene una tercera persona imparcial, en calidad de mediador, que se encuentra involucrada en el proceso, quien conduce el procedimiento. En tercer y último lugar, y creemos que es uno de los puntos más importantes, es que cuando ha sido imposible llegar

14. D. Jiménez Figueres, "Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration", *ICC International Court of Arbitration Bulletin* Vol. 14(1), Spring, 2003, pp. 71-73.
15. A. Jolles, N. 13.

a un acuerdo, o aún en el caso de que la otra parte se niegue a mediar o simplemente no participe, la mediación concluye con un acta de imposibilidad. Este documento permite demostrar ante cualquier autoridad, que se ha cumplido la etapa pre-arbitral escogida por las partes.

Ahora, respecto a los diálogos directos es menester resaltar que este mecanismo consiste en meras negociaciones que realizan las partes sin intervención de terceras personas ni un procedimiento determinado, es decir, las partes deben intentar resolver sus conflictos directamente entre ellas. Es nuestra opinión que convenir los diálogos directos como una etapa arbitral, podría acarrear graves consecuencias por su falta de estructura y regulación. En primer lugar, para que las negociaciones se realicen se necesita la cooperación de todas las partes involucradas, y muchas veces las partes no están interesadas en negociar o buscan evadir las negociaciones para obstruir el arbitraje. En segundo lugar, no hay límite de tiempo para la duración de los diálogos directos, por lo que es complejo determinar en qué momento se entiende cumplida la etapa pre-arbitral. En tercer lugar, no existe una forma establecida o comúnmente aceptada para comprobar que fue imposible llegar a un acuerdo y que las negociaciones han llegado a su fin, cuando no existe cooperación o la otra parte pretende obstruir el arbitraje.

Estimamos que si las partes desean solucionar sus controversias amistosamente, sin intervención de terceros, no necesitan estipularlo en el contrato para negociar directamente antes de someter sus controversias a arbitraje. No obstante, en el caso de que las partes quieran incluir este mecanismo en sus cláusulas recomendamos que determinen: **(i)** plazo; **(ii)** procedimiento; y, **(iii)** forma de demostrar el cumplimiento de la etapa pre-arbitral.

3.3.1 Carga de agotar la vía administrativa

Debemos iniciar por apuntar que –desde la perspectiva de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos– la necesidad del

agotamiento de la vía administrativa para iniciar acciones legales contra el Estado fue percibido en su momento como una disposición ya superada[16]. El artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Delegación a la Iniciativa Privada reformó tácitamente la obligación contenida en el artículo 30 letra e) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como era acreditar ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo haber agotado la vía administrativa, es decir, la vía de reclamo ante la propia institución pública demandada o sus superiores jerárquicos. Esta línea de regulación ha sido continuada por el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), tal como se puede apreciar en su artículo 300.

A pesar de ello, la Ley APP –recogiendo un criterio ya anticipado por el COPCI– exige que para iniciar un arbitraje nacional o internacional en el ámbito de las asociaciones público-privadas, se requiere haber agotado previamente la vía administrativa. Así, el artículo 20.2 de la Ley APP establece expresamente que:

> [s]i las partes no llegan a un acuerdo que solucione la controversia mediante diálogos directos o mediación y previo agotamiento de la vía administrativa, la controversia podrá ser resuelta mediante arbitraje nacional o internacional regional, como última instancia, conforme lo dispuesto en el contrato de gestión delegada.

Desde varios análisis, exigir el agotamiento de la vía administrativa puede considerarse como un retroceso en la regulación de las relaciones de los particulares con el Estado, pues impone al particular una carga administrativa adicional, y además genera una serie de problemas de interpretación y aplicación de los artículos 19 y 20 de la Ley APP, como veremos a continuación.

En principio, encontramos que exigir el agotamiento de la vía administrativa nos obliga a contestar las siguientes preguntas: ¿Cuándo se agota la vía administrativa? ¿Qué régimen jurídico regula el fin de la vía administrativa? ¿Qué pasa si la entidad de-

16. E. Pérez Camacho, *Derecho Administrativo*, Tomo 2, 2006. p. 601.

legante no contesta los recursos administrativos? ¿Qué plazo tengo para iniciar el arbitraje una vez agotada la vía administrativa? Todas las preguntas planteadas no tienen respuesta en los artículos de la Ley APP y, como demostraremos, tampoco tienen una única respuesta en la legislación vigente. Anticipamos que la única alternativa que encontramos para resolver los inconvenientes que genera la exigencia del agotamiento de la vía administrativa, es la regulación de estos aspectos en la cláusula arbitral, sea por medio de su regulación expresa o mediante la remisión a un cuerpo legal específico.

La primera dificultad consiste en determinar cuándo se puede considerar agotada la vía administrativa. Debemos resaltar que no hay una única regulación sobre este aspecto, pues existen al menos dos regímenes aplicables en función del nivel de gobierno que se trate, sea Función Ejecutiva o gobiernos autónomos descentralizados. Si se trata de un proyecto a ser desarrollado por una entidad de la Función Ejecutiva, encontramos que el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), en sus artículos 179 y siguientes, regula expresamente el agotamiento de la vía administrativa y establece normas relacionadas con los recursos administrativos:

> **Art. 179.- Fin de la vía administrativa.**
> Ponen fin a la vía administrativa:
> Las resoluciones de los recursos de apelación y revisión;
> Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una ley establezca lo contrario;
> Las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca; y,
> Los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento.

Sin embargo, y a pesar de la aparente claridad de este artículo, debemos apuntar que los artículos 2 y 100 del ERJAFE limitan la aplicación de las normas sobre el fin de la vía administrativa a los organismos de la Administración Pública

Central (Presidencia, Vicepresidencia, ministerios), y excluye de su aplicación a los organismos de la Administración Pública Institucional (entidades creadas por o en virtud de una ley, personalidad jurídica y patrimonio propio)[17]. Considerando estos artículos, vemos que hay una parte de la Función Ejecutiva que no tendría regulaciones sobre el fin de la vía administrativa, lo cual sin duda puede ser fuente de incertidumbre y de dificultades en la aplicación de los artículos 19 y 20 de la Ley APP.

Por otro lado, si el proyecto de asociación público privado lo promueve un gobierno autónomo descentralizado, el agotamiento de la vía administrativa se encuentra regulado en los artículos 364 y siguientes del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomías y Descentralización (COOTAD), y de manera especial los artículos 404 y siguientes que regulan los recursos administrativos, donde se establecen plazos para la interposición de los recursos administrativos y los efectos de la resolución de los recursos administrativos. En el COOTAD no hay un artículo donde expresamente se defina el fin de la vía administrativa, pero dado que sus normas guardan similitud con las normas del ERJAFE, creemos que son aplicables los mismos criterios establecidos en el artículo 179 trascrito arriba.

Una dificultad que genera el agotamiento de la vía administrativa regida por las normas existentes, como son el ERJAFE y el COOTAD, es que tratándose de procedimientos reglados, el administrado tiene plazos fatales que cumplir. Así, si dentro de una relación contractual bajo la Ley APP, el Estado dicta una resolución, y la misma no es recurrida dentro de los plazos previstos en las normas citadas, entonces se entiende que el acto o resolución está en firme y que el administrado ya no puede recurrirlo. Entonces surge la duda: Si el gestor privado no interpone los recursos administrativos dentro de plazo, ¿Se entiende que ha renunciado al arbitraje? La no interposición de un recurso no consta como hecho finalizador de la vía administrativa conforme al artículo 179 del ERJAFE. Sin embargo, en la realidad práctica,

17. ERJAFE, Artículos 5 y 7, RO Sup. No. 536, 18/03/2002.

el gestor privado siempre va a tener la vía del recurso extraordinario de revisión, que tiene plazos extensos de hasta 3 años, tanto en el ERJAFE como en el COOTAD.

Existen dos dificultades adicionales que plantea el agotamiento de la vía administrativa: El agotamiento de la vía administrativa cuando la entidad delegante no contesta los recursos administrativos, y el inicio del cómputo del plazo para interponer la demanda arbitral conforme al tercer inciso, letra b) del artículo 20 de la Ley APP.

Cuando la institución pública no contesta los recursos administrativos, la solución prevista por la normativa de la Función Ejecutiva (Art. 115 ERJAFE y 28 de la Ley de Modernización) y de los gobiernos autónomos descentralizados (Art. 387 del COOTAD) es la aplicación del silencio administrativo positivo, es decir, se entiende dictada la resolución a favor del administrado. Sin embargo, nos encontramos con una dificultad práctica, como es el reiterado criterio jurisprudencial establecido por la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, según el cual el silencio administrativo no es aplicable en las relaciones contractuales con el Estado, toda vez que dichas relaciones se rigen por las disposiciones previstas en el contrato que se trate, so pena de permitir modificaciones unilaterales de las relaciones contractuales[18].

Al no ser aplicable el silencio administrativo, eso impide el agotamiento de la vía administrativa si acaso la entidad delegante se niega a dar respuesta a las solicitudes del gestor privado. En tal virtud, es necesario que el propio Contrato de Gestión Delegada regule el fin de la vía administrativa, de tal forma que se prevea el curso de acción a seguir y los plazos a cumplir en caso de silencio administrativo de la entidad delegante. De esta forma, se vuelve palpable la necesidad de regular el fin de la vía administrativa, pues la propia jurisprudencia contencioso administrativa ha exigido que estos aspectos sean materia de regulación

18. Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial, Serie XVIII, No. 1, 04/10/2004, p. 275; Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia, RO Sup. No. 17, Cas. 267, 13/05/2005.

contractual.

Finalmente, y quizá el más complejo de los problemas a resolver frente al agotamiento de la vía administrativa, consiste en determinar cuándo empieza a decurrir el plazo para presentar la demanda arbitral, una vez que se agota la vía administrativa. La redacción del artículo 20 inciso tercero, letra b), genera una evidente contradicción que hace imposible su aplicación:

> Le corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa la resolución de las controversias que se susciten respecto de los contratos de gestión delegada:
> […] b) En los casos que corresponda, si transcurrido el plazo previsto para la notificación al interesado con la resolución que agota la vía administrativa, no se ha ejercido la acción ante la jurisdicción arbitral pactada en el correspondiente contrato de gestión delegada.

Como puede leerse con claridad, por un lado el artículo exige agotar la vía administrativa previo al inicio del proceso arbitral, pero por otro lado establece que la demanda arbitral deberá presentarse dentro del plazo que tienen la entidad delegante para notificar el fin de la vía administrativa. Es decir, si el gestor privado plantea un recurso administrativo y conforme a la normativa aplicable el plazo previsto para contestar dicho recurso es de dos meses, esos mismos dos meses son el plazo para plantear la demanda arbitral. De no plantearse el arbitraje dentro de ese plazo, la jurisdicción arbitral pierde competencia, pero si dentro de los dos meses anotados no se agota la vía administrativa, el gestor privado se ve impedido de acudir al arbitraje. Es una verdadera situación de *Catch 22*[19].

Para corregir la inconsistencia planteada por el artículo citado, es necesario desarrollar en la cláusula arbitral los plazos

19. Nos referimos al dilema que plantea el autor judío Joseph Heller en su libro de ficción *Catch 22*, según el cual se exigía a los pilotos del ejército de Estados Unidos estar mentalmente sanos para pilotear en una misión de combate, pero las misiones eran tan peligrosas que el piloto que demostraba deseos de volar, era inmediatamente descalificado, porque solo un loco podía querer volar en esas condiciones. Y si estando descalificado para volar el piloto llenaba la solicitud para pedir su regreso a casa, este era inmediatamente calificado para una misión, porque querer ir a casa demostraba que el piloto estaba mentalmente sano.

para iniciar el arbitraje, y aclarar el inicio del cómputo del plazo, pues de lo contrario la cláusula puede tornarse de imposible aplicación, y la misma será una fuente inagotable de conflicto entre las partes al momento de plantear la competencia del tribunal arbitral y los aspectos procedimentales del arbitraje.

Concluimos que para evitar todas las dificultades apuntadas, la cláusula arbitral debe regular el fin de la vía administrativa. El escalonamiento de la cláusula ya analizado, demanda la regulación de plazos y la aclaración de las etapas a agotarse previo al inicio de la demanda arbitral "como última instancia", por lo que lo más recomendable para evitar los conflictos que puede generar la interpretación sobre el agotamiento de la vía administrativa, es que las partes pacten todos estos aspectos. Consideramos que los vacíos normativos ya señalados sobre el fin de la vía administrativa, exigirán que las partes acuerden los mecanismos que mejor convengan a sus intereses. Por otro lado, bien puede el Comité Interinstitucional de Asociaciones Público - Privadas, en ejercicio de su función establecida en los artículos 6.5. y 11 de la Ley APP, zanjar el asunto de manera definitiva estableciendo condiciones obligatorias respecto de este punto.

Como puede verse, el agotamiento de la vía administrativa genera más de una dificultad en la ejecución de la cláusula arbitral, y por tanto puede ser materia de inseguridad jurídica.

3.4 Restricción al arbitraje internacional

Celebramos que la Ley reconozca para los inversionistas extranjeros el arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias que puedan suscitarse con el Estado ecuatoriano respecto de su inversión. No obstante, surgen preocupaciones al plantearse una norma que limita al arbitraje a administrarse exclusivamente ante instituciones latinoamericanas:

> **Artículo 19.- Norma General.** En el caso de que se sometan las controversias contractuales al arbitraje internacional, este

se realizará ante una instancia arbitral regional latinoamericana. Las partes contractuales podrán designar los órganos jurisdiccionales arbitrales en la Región Latinoamericana.

En este punto, es menester destacar que no existe actualmente ningún organismo que administre arbitrajes que sea propiamente latinoamericano, por poner el ejemplo más cercano, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), quien tiene incluso sede en el Ecuador, es una organización interamericana[20] y la ley exige específicamente que sea latinoamericano. Con esta disposición legal se excluye la posibilidad de someter las controversias a reconocidos y experimentados organismos internacionales de arbitraje, como es el caso de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), el American Arbitration Association (AAA), el International Centre for Dispure Resolution (ICDR), London Court of International Arbitration (LCIA), entre otros.

Esta regla restringe la libertad de los contratantes a someter sus controversias a un selectivo número de centros. Siendo más concretos, el arbitraje internacional sólo podrá someterse a los centros de arbitraje autorizados en el país que estén habilitados para conocer y administrar arbitrajes internacionales, como el Centro de Arbitraje y Mediación de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana y el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, entre otros.

La otra posibilidad es someter sus arbitrajes internacionales a los Centros de Arbitraje de países extranjeros de la región, que puedan administrar arbitrajes internacionales como es el caso del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Lima, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago. Otra alternativa poco explo-

20. La expresión "Interamericano" incluye a los Estados Unidos de América, Canadá y los países angloparlantes del Caribe.

rada son los tribunales arbitrales independientes con sede en Latinoamérica, pero los mismos son menos comunes en arbitrajes de inversión, por la ausencia de regulaciones y de institucionalidad propios de este tipo de arbitrajes.

Esta limitación tiene su origen en el artículo 422 de la CRE, que prohíbe ceder jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional en contratos celebrados con particulares, con una excepción: cuando se traten de solución a controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales. Este artículo, creemos los autores, apunta principalmente al proyecto de arbitraje en la Unión de Naciones Suramericanas UNASUR, pero hasta que este proyecto se cristalice, las opciones se limitan a las ya señaladas.

3.5 Potestades regulatoria y tributaria como materias excluidas del arbitraje

El segundo inciso del artículo 20 de la Ley APP contiene el siguiente texto: "No se someterán a arbitraje los asuntos tributarios, así como ningún otro que se derive directamente de la potestad legislativa y regulatoria del Estado ecuatoriano". Esta norma contiene una exclusión de las materias arbitrables en los contratos de Gestión Delegada regulados bajo la Ley APP. Sin embargo, a pesar de que el texto parece claro respecto de las materias excluidas, estamos seguros que en su aplicación dicha exclusión puede generar más de una dificultad, como las que enumeraremos a continuación.

El artículo 15 de la Ley APP contempla uno de los incentivos contemplados en dicha Ley, como es la estabilidad jurídica de los aspectos regulatorios sectoriales y específicos que hayan sido declarados como esenciales en los correspondientes contratos de gestión delegada. Es decir, que esta Ley permite otorgar estabilidad jurídica a las regulaciones propias del servicio o de la materia a la que se refiere el contrato de gestión delegada. Así, en el con-

trato de gestión delegada se podrá pactar, por ejemplo, tratándose de una obra portuaria, que durante la vigencia del Contrato se mantienen vigentes las disposiciones de la Ley de Puertos.

Por otro lado, las disposiciones reformatorias primera y segunda de la Ley APP contienen reformas al COPCI, así como reformas a la Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno (LORTI). En dichas reformatorias se contemplan los incentivos tributarios que se otorgarán a los Contratos de Gestión Delegada, los cuales ya fueron enumerados en la segunda sección de este artículo.

De lo dicho, podemos observar que los principales incentivos que otorga la Ley APP, son justamente la estabilidad tributaria y regulatoria, pero al mismo tiempo, se excluyen del arbitraje los asuntos tributarios o aquellos derivados de la potestad legislativa y regulatoria del Estado. Es decir, que uno de los aspectos esenciales de la relación que se va a entablar entre la entidad delegante y el gestor privado, se las debe considerar como no arbitrable. Es un mensaje contradictorio y confuso para el gestor privado que, por un lado, se otorguen tan importantes incentivos, pero que, al mismo tiempo, estos incentivos se excluyan expresamente del arbitraje que se propone en la Ley.

La estabilidad tributaria y regulatoria debe ser claramente reglada en el Contrato, por exigencia del artículo 16 de la Ley APP y porque es necesario para las partes definir los efectos jurídicos y alcance de la estabilidad jurídica, y el incumplimiento de la misma por parte de la entidad delegante o de parte de cualquier organismo del Estado. Tratándose de un compromiso contractual que afecta a la vigencia en el tiempo de normativas tributarias y sectoriales, necesariamente la suscripción del contrato de gestión delegada va a afectar la gestión de otras entidades públicas de altísima importancia, como pueden ser el Servicio de Rentas Internas (SRI), el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE), la Asamblea Nacional e incluso al propio Presidente de la República.

En tal virtud, surge la siguiente inquietud: ¿El incumplimiento de la estabilidad tributaria y regulatoria pactada en el contrato de gestión delegada, es materia arbitrable bajo la Ley APP? Es claro que los conflictos relacionados con la aplicación de la ley tributaria a un caso concreto no es materia arbitrable, como tampoco es arbitrable el conflicto que pueda surgir por la aprobación de una normativa sectorial determinada. Sin embargo, si el Estado ecuatoriano, o en particular la entidad delegante, incumple la obligación contractual de otorgar estabilidad tributaria y/o regulatoria sectorial, y el contrato prevé un efecto jurídico para dicho incumplimiento, consideramos que dicho incumplimiento contractual puede ser arbitrable, toda vez que no se estaría discutiendo directamente la interpretación o aplicación de una norma tributaria o sectorial, sino el efecto jurídico del incumplimiento contractual.

Así, por ejemplo, si el incumplimiento de la estabilidad tributaria está previsto como una causa de terminación del contrato, el gestor privado estaría autorizado para iniciar un arbitraje para obtener una declaración de incumplimiento contractual por parte del Estado, la terminación del contrato y la indemnización de daños y perjuicios que corresponda. Por el contrario, si el conflicto se refiere a la nulidad de una determinación tributaria, o a una devolución de impuestos pagados en exceso, dicho conflicto no es arbitrable, por tratarse estrictamente de asuntos tributarios.

Desde nuestro punto de vista, una determinación tributaria, o la expedición de una norma sectorial, no pueden ser sometidas a arbitraje, pero si la determinación tributaria o la expedición de la norma sectorial configuran un incumplimiento contractual al que el contrato de gestión delegada le asigna un efecto jurídico determinado, dicho incumplimiento es materia arbitrable.

Por otro lado, pueden existir casos donde los asuntos tributarios y/o sectoriales no constituyen incumplimiento del contrato de gestión delegada, por no estar referidas a normas cuya estabilidad se ha garantizado. Así, por ejemplo, si el SRI determina que

ciertos servicios están gravados con tarifa doce, y el gestor privado los factura con tarifa cero, la decisión sobre la tarifa aplicable no es materia arbitrable, o si se determina que se han retenido impuestos de terceros y que los mismos no han sido pagados, o una reforma tributaria que involucre aspectos que no sean objeto de estabilidad en el contrato de gestión delegada, entre otros casos donde el conflicto tributario no entraña discusión de la estabilidad jurídica y tributaria establecida en el contrato de gestión delegada.

Es por ello que creemos que debe distinguirse con claridad que la aplicación de normas tributarias y/o normativas sectoriales no es arbitrable cuando ello no entrañe una violación de la estabilidad garantizada en el contrato de gestión delegada conforme al artículo 15 de la Ley APP. Sabemos que trazar una línea divisoria no es tarea sencilla, más aún si el contrato de gestión delegada no enfrenta de manera adecuada estos temas en sus cláusulas, o si la cláusula arbitral no aporta luces para establecer la diferencia. De ahí la importancia de contar con una cláusula adecuada para los contratos de gestión delegada que se suscriban, por lo que nos atrevemos a proponer para discusión del foro, cláusulas modelo para los contratos de gestión delegada, la misma que planteamos como punto de partida para la discusión del asunto.

4. Introducción de un novedoso método alterno de solución de conflictos: La Junta de Resolución de Disputas

El artículo 20 de la Ley en discusión, en su último inciso, establece lo siguiente:

> Las partes podrán pactar arbitraje o dictámenes técnicos de conformidad con términos y estipulaciones previstos en el contrato de gestión delegada para resolver controversias puramente fácticas surgidas durante la ejecución o liquidación del respectivo contrato.

A simple vista no es fácil comprender el artículo, pues creemos que comete un error al incluir la palabra "arbitraje". La legislación ecuatoriana prevé dos tipos de arbitrajes: en derecho y en equidad. Cuando sea en derecho, sólo los abogados podrán actuar en calidad de árbitros, mientras que si es en equidad, cualquier persona puede ser designada árbitro. En nuestra Constitución solo se prevé que el Estado solo podrá someterse a arbitrajes en equidad, cuando se trate de contratos relacionados con la deuda externa que contrate el Estado ecuatoriano[21].

No obstante, en este inciso en particular, se hace referencia a un "arbitraje técnico", en el que se resolverá sobre cuestiones "puramente fácticas", surgidas durante la ejecución. También, el artículo lo llama "dictamen técnico". Un dictamen técnico es un documento final emitido por un perito –experto en la materia objeto de la controversia– que resuelve respecto a un punto controvertido en alguna ciencia o arte. Entendiéndolo así, evidentemente, el experto que la ley busca para resolver cuestiones puramente técnicas en materia de obras públicas e inversión extranjera, no es un abogado, sino un experto en estas materias (por ejemplo, ingeniero o economista). Pero si un grupo de ingenieros o economistas tomaran una decisión en un arbitraje, en calidad de árbitros, legalmente la institución sería entendida como un arbitraje en equidad.

Analizando el fondo de la disposición y el contexto en el que se expide, se evidencia claramente que la intención de los creadores de esta norma fue instituir un mecanismo que se llama en la práctica y legislaciones extranjeras como Junta de Resolución de Disputas. Este mecanismo se encuentra en auge en la región, siendo adoptado por nuestros países vecinos, siendo uno de los casos más recientes en el Perú[22].

Definitivamente, esta herramienta es la más eficiente para resolver disputas en el ámbito del derecho de construcción, debido a que muchos de los conflictos que surgen durante la ejecución

21. CRE, N. 1, Artículo. 422.
22. Ley de Contrataciones del Estado, (Ley No. 30225), DO, 11/07/2014.

contractual dificultan o paralizan el avance de las obras, necesitando una solución rápida, con el fin de evitar desajustes en los cronogramas establecidos o la terminación del contrato por un mero desacuerdo en ciertos aspectos del contrato. El arbitraje es en sí un proceso, que involucra una serie de etapas y formalidades que debe cumplir obligatoriamente, lo que lo convierte en un mecanismo más lento para solucionar una disputa. En cambio la Junta de la Resolución de Disputas es un método hecho a la medida para estos tipos de contratos[23].

La Junta de Resolución de Disputas (*Dispute Resolution Boards),* es un mecanismo alternativo de solución de disputas por el que las partes escogen a uno o varios expertos (independientes e imparciales) en la materia del contrato para que se familiaricen con el proyecto y, surgida una controversia en su ejecución, la resuelvan, de manera que las partes puedan retomar rápidamente el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

En principio, la Junta de Resolución de Disputas debe tomar decisiones vinculantes y de inmediato cumplimiento para las partes, siendo impugnables sólo en vía arbitral o judicial y debiendo cumplirse esta decisión hasta el momento en que el fallo o laudo dicte lo contrario. También, existe la posibilidad de que la decisión que tome la Junta sea no vinculante, en tal caso se expedirá una recomendación. Esto dependerá del tipo de Junta que se pacte: Junta de adjudicación (*Dispute Adjudication Board*), que es obligatoria, o Junta de revisión (*Dispute Review Board*), mera recomendación.[24] Recordemos que la naturaleza de este mecanismo es contractual.

Es de vital importancia aclarar un punto: las Juntas de Resolución de Disputas no son enemigas del arbitraje. De hecho, podríamos incluso decir que estos mecanismos se complementan,

23. M. Castillo Freyre, "Un nuevo amigo del arbitraje: los dispute boards", *Revista Arbitraje PUCP*, Centro de Análisis y resolución de conflictos, Año IV(4), 2014, pp. 45-53.
24. C. Bernavente Leigh, y E. Sotelo Gamarra, "Novedades en los Mecanismos de Resolución de controversias en etapa de ejecución contractual de la nueva ley de contrataciones del Estado", *Revista Arbitraje PUCP*, Centro de Análisis y resolución de conflictos, Año IV(4), 2014, pp. 21-27.

debido a que la Junta es un mecanismo más eficiente para resolver las disputas que necesitan una solución urgente para continuar con la ejecución del contrato, y las decisiones que tome este organismo colegiado pueden ser cuestionadas en arbitraje, en donde deberá considerarse si, de acuerdo a Derecho, la decisión fue correcta[25].

Consideramos que cuando la ley utiliza el término "dictámenes técnicos" no solo entra en esta expresión las Juntas de Resolución de Disputas, pues también creemos que permite la posibilidad de pactar otras figuras, tales como el *expert determination,* o someter los conflictos a la decisión de los colegios especializados, como los colegios de ingenieros, arquitectos, etc.

5. Propuesta de cláusulas modelos para los contratos de gestión delegada

5.1 Primer párrafo: mediación o diálogos directos

Mediación

Las partes manifiestan su acuerdo de someter a mediación cualquier controversia o reclamación que surja de o se relacione con este contrato. La mediación será administrada por el (nombre del centro), conforme a su *(reglamento de mediación)*. Cualquier controversia o reclamación que no hubiere sido resuelta, dentro de los 45 días siguientes a la notificación de la solicitud de mediación por escrito, deberá ser planteada en la vía administrativa.

Diálogos directos

Las partes manifiestan su acuerdo de someter cualquier controversia o reclamación que surja de o se relacione con este contrato a diálogos directos entre las partes. Los diálogos directos se

25. M. Castillo Freyre, N. 23.

entenderán iniciados al momento de la notificación de la controversia o reclamación surgida, que hace la parte que se siente perjudicada a la otra parte. Cualquier controversia o reclamación, que no hubiera sido resuelta mediante acuerdo final y definitivo dentro de los 45 días siguientes a la notificación de inicio de los diálogos directos, deberá ser planteada en la vía administrativa.

5.2 Segundo párrafo: Regulación de la vía administrativa

Remitirse a una ley

(En caso de mediación previa)

Suscrita el acta de mediación parcial, de imposibilidad de acuerdo, o constancia de imposibilidad de mediación, el gestor privado deberá agotar la vía administrativa conforme a lo dispuesto en el (COOTAD/ERJAFE), en cuyo caso los plazos correspondientes empezarán a decurrir al día siguiente de suscrita el acta o constancia correspondiente, o en su defecto, al día siguiente de vencidos los 45 días antes mencionados.

(En caso de diálogos directos previos)

Transcurridos 45 días sin que las partes lograren un acuerdo mediante diálogos directos, las partes podrán interponer los reclamos o recursos administrativos que fueren del caso para agotar la vía administrativa, conforme a lo dispuesto en el (COOTAD/ERJAFE), en cuyo caso los plazos correspondientes empezarán a decurrir al día siguiente de vencidos los 45 días antes mencionados.

Regularlo las partes

Suscrita el acta de mediación parcial, de imposibilidad de acuerdo, o constancia de imposibilidad de mediación, el gestor privado deberá plantear su reclamo administrativo dentro de los

30 días siguientes de suscrita el acta o constancia correspondiente, o en su defecto, dentro de los 30 días siguientes de vencidos los 45 días antes mencionados para agotar la mediación o los diálogos directos. La entidad delegante deberá contestar el reclamo dentro de los 30 días siguientes de presentado el reclamo administrativo.

Se entenderá agotada la vía administrativa si la entidad delegante niega, total o parcialmente, el reclamo administrativo, o contesta sin un pronunciamiento expreso sobre las pretensiones del gestor privado. También se entenderá agotada la vía administrativa si trascurridos 30 días desde la presentación del reclamo administrativo, la entidad delegante no notificare una respuesta al reclamo administrativo planteado.

5.3 Tercer párrafo: arbitraje administrado o independiente

Arbitraje administrado

Agotada la vía administrativa, las partes dispondrán de 30 días para presentar su petición de arbitraje. Este plazo empezará a decurrir al día siguiente de notificada la resolución adoptada por la entidad delegante, o al día siguiente de vencido el plazo para contestar el reclamo administrativo, si la entidad delegante no contesta el reclamo administrativo dentro del plazo previsto en esta cláusula.

Las partes declaran su voluntad de someter a arbitraje (nacional/internacional) toda controversia o reclamación que no haya sido resuelta entre las partes en las fases anteriormente estipuladas. El arbitraje será en Derecho y administrado por *(nombre del centro)*, de conformidad con su (*reglamento de arbitraje*), cuyas normas las partes declaran conocer y aceptar.

El tribunal arbitral estará compuesto por (uno/tres) árbitro(s), y serán designados uno por cada parte, y el tercero por

acuerdo de las partes, y a falta de este acuerdo, mediante sorteo conforme al (reglamento de arbitraje). La sede del arbitraje será (ciudad - país) y el idioma será el español.

Las partes acuerdan facultar al tribunal arbitral para dictar medidas cautelares y solicitar, para la ejecución de dichas medidas, el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos, sin necesidad de recurrir a juez ordinario alguno.

No serán materia de arbitraje las acciones que por su naturaleza sean de competencia del Tribunal de lo Fiscal, ni la expedición de leyes o regulaciones sectoriales que afecten el servicio materia de este Contrato.

Arbitraje independiente

Las partes declaran su voluntad de someter a arbitraje (nacional/internacional) toda controversia o reclamación que no haya sido resuelta entre las partes en las fases anteriormente estipuladas. El arbitraje será en Derecho e independiente. El arbitraje se llevará a cabo bajo la (escoger Ley) y el (escoger reglamento).

El tribunal arbitral estará compuesto por *(uno/tres)* árbitro*(s)*, los cuales serán designados *(elegir forma de designación)*. La sede del arbitraje será *(ciudad - país)* y el idioma será el *(español/inglés/portugués)*.

Las partes acuerdan facultar al tribunal arbitral para dictar medidas cautelares y solicitar, para la ejecución de dichas medidas, el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos, sin necesidad de recurrir a juez ordinario alguno.

No serán materia de arbitraje las acciones que por su naturaleza sean de competencia del Tribunal de lo Fiscal, ni la expedi-

ción de leyes o regulaciones sectoriales que afecten el servicio materia de este Contrato.

6. Conclusiones

Sobre la base de lo expuesto, nos permitimos formular las siguientes conclusiones:

a) La Ley APP constituye una iniciativa positiva para la recepción del arbitraje como mecanismo de solución de conflictos con el Estado ecuatoriano, aun cuando establece restricciones y limitaciones en su aplicación.

b) Los artículos 19 y 20 de la Ley APP consagran la posibilidad de pactar cláusulas arbitrales en los contratos que se suscriban al amparo de dicha Ley, sin modificar el esquema general de requisitos y autorizaciones previas previstas en el artículo 190 de la Constitución, artículos 4 y 42 de la LAM y en el artículo 11 de la LOPGE; es decir, que para pactar la cláusula arbitral solo se requiere autorización del Procurador General del Estado cuando se trate de arbitraje internacional.

c) La Ley APP solo permite pactar arbitrajes internacionales sometidos a organismos regionales latinoamericanos, por lo que se excluye la posibilidad de pactar arbitrajes sometidos a los principales centros de solución de controversias mundiales (*American Arbitration Association*, Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, *International Chamber of Commerce*, etc.), por lo que las posibilidades de pactar arbitraje internacional se limitan a centros de arbitraje con sede en países latinoamericanos (Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Lima, Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago), o centros regionales de arbitraje, que de acuerdo a nuestra investigación, hasta la fecha no existen.

d) La Ley APP establece un escalonamiento de la cláusula arbitral, exigiendo previamente la celebración de una mediación o de diálogos directos, y en ambos casos, el agotamiento de la vía administrativa. Este tipo de cláusulas dificulta el inicio del arbitraje, pudiendo incluso impedir el acceso al mismo para el gestor privado, por lo que se vuelve necesario regular adecuadamente dicho escalonamiento en la cláusula arbitral.

e) El artículo 20 de la Ley APP exige el agotamiento de la vía administrativa previo al inicio de un arbitraje, y como se trata de un procedimiento reglado que tiene algunas complejidades, es recomendable regular el fin de la vía administrativa en la cláusula arbitral, sea remitiendo a un ordenamiento jurídico que lo regule (ERJAFE, COOTAD), o estableciendo reglas de procedimiento en la propia cláusula arbitral.

f) La Ley APP contempla la posibilidad de pactar dictámenes técnicos, lo cual resulta novedoso en nuestro ordenamiento jurídico, pero no es extraño para la práctica arbitral internacional, pues a nivel de doctrina y derecho comparado encontramos que la figura prevista en la Ley APP no es otra que las juntas de resolución de disputas (*dispute resolution board*), que son mecanismos empleados para la resolución de determinadas diferencias en contratos de construcción o de obra pública. Concluimos que las resoluciones o dictámenes técnicos que a futuro se dicten en los conflictos que surjan de los contratos de gestión delegada amparados en la Ley APP, bien pueden ser discutidas en arbitraje.

g) El artículo 15 de la Ley APP contempla la posibilidad de otorgar estabilidad tributaria y regulatoria sectorial en los contratos de gestión delegada, pero los asuntos tributarios y otros relacionados con la potestad legislativa o regulatoria del Estado, son materias excluidas del arbitraje. Concluimos que los asuntos tributarios y regulatorios sectoriales no son materia arbitrable, siempre y cuando la aplicación de la ley o normativa sectorial no entrañe una violación de la estabilidad tributaria otorgada al gestor privado en el contrato de gestión delegada, en conformidad con el referido artículo 15 de la Ley APP.

CORRAL
ROSALES
CARMIGNIANI
PÉREZ

Quito · Guayaquil

CAPACIDAD DE RESPUESTA
a las solicitudes de los clientes

ENTENDIMIENTO
de las necesidades de su negocio

CONOCIMIENTO
de industrias y prácticas

www.crcp.ec

La extensión de la cláusula de la nación más favorecida a los mecanismos de resolución de conflictos en tratados bilaterales de inversión

*Laura Ghitti**

Recibido/Received: 15/12/2015
Aceptado/Accepted: 19/08/2016

PALABRAS CLAVE: arbitraje; inversiones directas extranjeras; cláusula de la nación más favorecida.

KEYWORDS: arbitration; foreign direct investment; most-favoured-nation clause.

RESUMEN: El objeto de este artículo es verificar la posibilidad de un inversor, bajo la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, importar un mecanismo de resolución

* Socia de la firma Lilla, Huck, Otrato, Camargo Advogados, en São Paulo, Brasil. Master en Derecho Internacional Económico por la Université Panthéon-Assas, en París, Francia. La autora agradece a Fiorella Luna Quispe por la revisión de este artículo.

L. Ghitti. "La extensión de la cláusula de la nación más favorecida a los mecanismos de resolución de conflictos en tratados bilaterales de inversión", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 2015.

de conflictos más favorable de aquél previsto en el tratado bilateral de inversiones aplicable. Para tanto, se propone un análisis en dos etapas de los laudos arbitrales sobre la materia, consistente en la verificación, en primer lugar, de las condiciones clásicas de aplicación del trato de la nación más favorecida, seguida del análisis del consentimiento de los Estados a la extensión de la competencia de los tribunales arbitrales. Por fin, este artículo sugiere una respuesta a la heterogeneidad de decisiones sobre la materia.

ABSTRACT: The aim of this article is to investigate whether an investor, under a most-favoured-nation clause, is able to import a dispute resolution mechanism more favourable than that provided by the applicable bileteral investment treaty. To this intent, a twofold analysis of arbitral awards is proposed. Firstly, the classical conditions to the application of the most-favoured-nation treatment will be analysed, followed by a study of States consent to extend the jurisdiction of arbitral tribunals. Lastly, the autor suggests an alternative answer to the conflicting decisions on the matter.

1. Introducción

Se puede comparar la cláusula de la nación más favorecida (cláusula NMF) a una llave maestra: quien la detiene, puede abrir puertas que, en un primer momento, se encontrarían cerradas. La pregunta central de este artículo es la siguiente: ¿la cláusula NMF de la cuál es beneficiario un inversor extranjero, a través de un tratado bilateral de inversiones que se le aplique (TBI de base), le permite importar una cláusula de resolución de conflictos que le parezca más favorable, contenida en un TBI firmado por el Estado receptor de la inversión y un Estado tercero (TBI tercero)? En otras palabras, ¿tiene el inversor una llave maestra que le permita empezar un arbitraje distinto de aquel previsto por el TBI de base?

Se ha afirmado innumerables veces que la aplicación de la cláusula NMF para importar cláusulas de resolución de conflictos es una de las cuestiones más controvertidas del arbitraje de inversiones. Esta afirmación es correcta, ya que el análisis de los laudos arbitrales sobre la materia es revelador. Dentro de los 25 laudos arbitrales dictados sobre el tema, en 13 de ellos los árbitros fueron favorables a la extensión de la cláusula NMF[1] y en los 12 casos restantes los árbitros adoptaron una posición contraria[2]. La heterogeneidad de respuestas dadas a la cuestión es aún más grande si se analiza el razonamiento de cada tribunal arbitral. Los árbitros que dictaron laudos favorables a la extensión de la cláusula NMF no llegaron a dicha conclusión por las mismas razones y han subordinado su aplicación a límites variados. La misma constatación se aplica tratándose de los tribunales arbitrales que dieron una respuesta negativa a la pregunta clave de este artículo.

1. CIADI, *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España (Meffezini),* Decisión sobre excepciones a la jurisdicción. Caso No. ARB/97/7, 25/01/2000; CIADI, *Siemens A.G. c. República Argentina (Siemens)*, Decisión sobre excepciones a la jurisdicción, Caso No. ARB/02/8, 03/08/2004; CIADI, *Camuzzi International S.A. c. República Argentina (Camuzzi),* Decisión sobre excepciones a la jurisdicción, Caso No. ARB/03/7, 10/06/2005; UNCITRAL, *National Grid P.L.C. c. República Argentina (Grid),* Decisión sobre excepciones a la jurisdicción, 20/06/2006; CIADI, *Gas Natural SDG, S.A. c. República Argentina (Gas Natrural),* Decisión sobre excepciones a la jurisdicción. Caso No. ARB/03/10, 17/06/2005; CIADI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. c. República Argentina (Suez),* Decisión sobre jurisdicción, Caso No. ARB/03/17, 16/05/2005; CIADI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina (Suez),* Caso No. ARB/03/19, 03/08/2006; SCC, *RosInvestCo UK Ltd. c. Federación Rusa (RosInvestCo),* Laudo sobre jurisdicción, Caso No. Arb. V 079/2005, 05/10/2007; CIADI, *Impregilo S.p.A. c. República Argentina (Impregilo),* Caso No. ARB/07/17, 21/06/2011; CIADI, *HOCHTIEF Aktiengesellschaft c. República Argentina (Hochtief),* Decisión sobre excepciones a la jurisdicción, Caso No. ARB/07/31, 24/20/2011; CIADI, *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. República Argentina (Teinver)*, Decisión sobre jurisdicción, Caso No. ARB/09/1, 21/12/2012; CIADI, *Garanti Koza LLP c. Turkmenistán (Garanti Koza)*, Decisión sobre jurisdicción, Caso No. ARB/11/20, 03/07/2014.
2. CIADI, *Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. c. Reino Hachemita de Jordania (Salini)*, Caso No. ARB/02/13, 29/11/2004; CIADI, *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria (Plama)*, Decisión sobre jurisdicción, Caso No. ARB/03/24, 08/02/2005; CIADI, *Telenor Mobile Communications A.S. c. República de Hungría (Telenor)*, Laudo, Caso No. ARB/04/15, 13/09/2006; *Vladimir Berschader and Moïse Berschader c. Federación Rusa (Bershader)*, Laudo, Caso No. 080/2004, 21/04/2006; CIADI, *Wintershall Aktiengesellschaft c. República (Wintershall),* Laudo, Caso No. ARB/04/14, 08/12/2008; SCC, *Renta 4 SVSA et al c. Federación Rusa (Renta)*, Laudo, Caso No. V 024/2007, 20/03/2009; UNCITRAL, *Austrian Airlines c. República Eslovaca (Austrian Airlines)*, Laudo, 09/10/2009; CPA, *ICS Inspection y Control Services Limited c. República Argentina (ICS Inspection)*, Laudo sobre jurisdicción, Caso No. 2010-9, 10/02/2012; CIADI, *Kiliç Insaat Ithalat Ihracat Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi c. Turkmenistán (Kiliç)*, Laudo, Caso No. ARB/10/1, 02/07/2013; UNCITRAL, *Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts y Techniques du Progres S.A.S. c. República de Polonia (Servier)*, Laudo, 14/02/2012; CIADI, *Daimler Financial Services AG c. República Argentina (Daimler)*, Laudo, Caso No. ARB/05/1, 22/08/2012; CPA, *Sanum Investments Limited c. République Democrática Popular Lao (Sanum),* Laudo sobre jurisdicción, Caso No. 2013-13, 13/12/2013.

Ante dicha variación, pueden darse dos explicaciones. Por un lado, el análisis cambia de un caso al otro en razón de las distintas redacciones de las cláusulas NMF. Por otro lado, dichas variaciones son también el resultado de los distintos puntos de vista interpretativos adoptados por los tribunales arbitrales.

Según la definición de los *Draft Articles on most-favored-nation clauses* de la *International Law Commission* (Draft Articles on MFN), la cláusula NMF es "*a treaty provision whereby a State undertakes an obligation towards another State to accord most-favored-nation treatment in an agreed sphere of relations*"[3]. Como lo ha definido la OCDE, la cláusula NMF "*is the "multilateralisation" instrument par excellence of the benefits accorded to foreign investors and their investments*"[4].

La noción y las condiciones de aplicación del trato más favorable (trato NMF) serán abordadas en detalles *infra*, pero conviene trazar sus grandes líneas. Dicho trato impone a un Estado (el Estado concedente) otorgar al beneficiario de la cláusula NMF (el beneficiario) el mismo trato que él otorgaría a una persona (o a un Estado) de una tercera nacionalidad, en las mismas circunstancias[5]. En otras palabras, el trato NMF presupone la existencia de dos relaciones distintas entre tres Estados: la relación entre los Estados A y B, en la cual se previó una cláusula NMF, y una segunda relación entre los Estados B y C, en la cual A (o un nacional de A) encontrará un trato que, conforme a su percepción, es más favorable que el trato previsto en la relación entre A y B.

3. Draft Articles on MFN with commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, Artículo 4, vol. II, Part II, 1978.
4. OECD (2004), *Most-Favored-Nation Treatment in International Investment Law*, 2004/02, OECD Publishing, p. 2.
5. A. Cohen Smutny and L. A. Steven, "The MFN Clause: What are its Limits?", en K. Yannaca-Small (Ed.), *Arbitration under International Investment Agreements – A Guide to Key Issues*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 351, 354.
6. UNCTAD, *Most-Favored-Nation Treatment*, Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, New York/Geneva, 2010, pp. 13-14.

De este modo, el objetivo del trato NMF es de garantizar las mismas condiciones de competencia entre extranjeros de diferentes nacionalidades[6]. Sin embargo, al extender los beneficios de un trato más favorable a otro Estado o a sus nacionales, el Estado concedente puede imponer ciertas condiciones, restricciones o excepciones[7].

Es generalmente aceptado que el trato acordado por la cláusula NMF tiene un origen convencional y no consuetudinario aún si una parte de la doctrina considera que el trato NMF se impone mediante la aplicación del principio de la igualdad soberana de los Estados[8].

El origen histórico de las cláusulas NMF es incierto, pero un ejemplo de ese tipo de cláusula puede ser observado en un tratado concluído entre Inglaterra y Burgundy en 1417 para la utilización de los puertos de las dos partes, bajo las mismas condiciones[9]. Entre los siglos XIV y XVI, las cláusulas NMF fueron previstas en los acuerdos comerciales concluidos entre Estados con el objetivo de reducir ciertas tarifas para el comercio de mercancías[10]. Tiempo después, las cláusulas NMF se convirtieron en un pilar importante y frecuente del trato establecido por los acuerdos de amistad, de comercio y de navegación firmados entre los años 1700 y 1900[11].

Después de la Segunda Guerra Mundial, surgió una tendencia favorable a la adopción de cláusulas NMF recíprocas e incondicionales como resultado de los esfuerzos por la multilateralización de las relaciones comerciales. Tal tendencia es ejemplificada por las cláusulas NMF previstas en tres acuerdos

7. A. Cohen Smutny y L. A. Steven, N. 5, p. 355.
8. A. Cohen Smutny y L. A. Steven, N. 5, p. 352; A. Newcombe y L. Paradell, *Law and Practice of Investments Treaties: Standards of Treatment*. Kluwer Law International, 2009, pp. 192-193.
9. A. Newcombe y L. Paradell, *Law and Practice of Investments Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International, 2009, pp. 197-198.
10. A. Cohen Smutny y L. A. Steven, N. 5, p. 352.
11. OECD (2004), *Most-Favored-Nation Treatment in International Investment Law*, 2004/02, OECD Publishing, p. 3. Véase, por ejemplo, las cláusulas 3.d y 4 del tratado de amistad y comercio firmado por los Estados Unidos y Francia en 1778. *Most-Favored-Nation Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, New York/Geneva, 2010, p. 9.

de la Organización Mundial del Comercio: el *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT, artículo I), *General Agreement on Trade in Services* (GATS, artículo 2) et le *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS, artículo 4)[12].

Actualmente, la mayoría de los TBIs vigentes contiene una cláusula NMF. En principio, la aplicación de las cláusulas NMF previstas en los TBIs no está sometida a condiciones y se aplica de manera recíproca. Ellas pueden, sin embargo, prever excepciones y reservas. En particular, las cláusulas pueden excluir del trato NMF los privilegios que los Estados concedentes reservan a terceros Estados en razón de su participación o asociación a zonas de libre comercio, unión aduanera o un mercado común[13].

Un ejemplo de cláusula incondicional y recíproca se encuentra en el TBI firmado por Ecuador y Argentina:

> Cada Parte Contratante, una vez que haya admitido en su territorio, inversiones de inversores de la otra Parte Contratante, concederá plena protección legal a tales inversiones y les acordará un tratamiento no menos favorable que el otorgado a las inversiones de sus propios inversores nacionales o de inversores de terceros Estados[14].

Recientemente los Estados empezaron a aclarar expresamente, en el texto mismo de los TBIs o mediante notas de interpretación, la relación entre la cláusula NMF y las cuestiones procesales[15]. Esta fue la respuesta de los Estados ante la situación de inseguridad jurídica creada por las decisiones en la materia, las cuales se encuentran lejos de adoptar una posición unánime sobre la cuestión de saber si las cláusulas de resolución de litigios más favorables, contenidas en TBIs firmados por el Estado receptor y otros Estados, caen dentro del campo de aplicación del trato NMF del cual se beneficia un inversor por medio de un TBI.

12. UNCTAD, N. 6, p. 11.
13. P. Acconci, "Most-Favored-Nation Treatment", en P. Muchlinski, F. Ortino y C. Schreuer (Eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, New York, 2008, pp. 368-369. Un ejemplo de este tipo de cláusula puede ser encontrado en el TBI Francia-Ecuador, Artículo 5.
14. TBI Ecuador-Argentina, firmado en 18 de febrero de 1994, Artículo III(2).
15. UNCTAD, N. 6, p. 35.

Actualmente, la mayoría de los TBIs no contiene una respuesta clara a dicha pregunta. Para que el campo de aplicación de la cláusula NMF del tratado de base pueda ser extendido a los mecanismos de resolución de conflictos de tratados terceros, dos condiciones deben ser satisfechas. En primer lugar, las condiciones clásicas de aplicación del trato NMF deben estar presentes (2). En segundo lugar, el Estado concedente debe haber consentido que el inversor empiece el arbitraje sobre la base de mecanismos de resolución de conflictos disponibles a otros inversores (3).

2. Las condiciones de aplicación del trato de la nación más favorecida

El trato NMF evita que el Estado receptor haga una discriminación entre los extranjeros de nacionalidades diferentes. Como lo ha definido la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el *Affaire Relative aux Droits des Ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, el objetivo de la cláusula NMF es de "establecer y mantener siempre la igualdad fundamental sin discriminación entre todos los países interesados"[16].

Conforme a la definición de los Draft Articles on MFN, el trato NMF es:

> treatment accorded by the granting State to the beneficiary State, or to persons or things in a determined relationship with that State, not less favorable than treatment extended by the granting State to a third State or to persons or things in the same relationship with that third State[17].

16. Corte Internacional de Justicia *Affaire Relative aux Droits des Ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc* (Francia c. Estados Unidos), 1952, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances, párr. 192. Original en francés: *"d'établir et de maintenir en tout temps l'égalité fondamentale sans discrimination entre tous les pays intéressés"*.
17. Draft Articles on MFN with commentaries. *Yearbook of the International Law Commission*, Artículo 5, vol. II, Part II, 1978.

En dicha definición, y adaptándola al contexto de los TBIs, se pueden encontrar tres criterios propios al trato NMF. En primer lugar, la nacionalidad aparece como el elemento fundamental de comparación. El trato NMF evita que el Estado concedente haga una distinción entre inversores e inversiones (personas o cosas) nacionales del Estado beneficiario y los nacionales de un Estado tercero. En segundo lugar, el trato NMF supone la existencia de una misma relación entre personas o cosas. En otras palabras, la cláusula NMF se aplica solamente si el trato más favorable es acordado a otros inversores/inversiones en el mismo campo de aplicación de la cláusula NMF. Finalmente, el tercer criterio impone una comparación: el trato que el Estado concedente otorga a los inversores/inversiones del Estado tercero debe ser considerado más favorable que aquel otorgado al beneficiario.

Volviendo a la aplicación de la cláusula NMF a los mecanismos de resolución de litigios, el primer criterio se verifica fácilmente: sólo es necesario que el beneficiario corrobore la existencia de un TBI (o un acto unilateral) en el que el Estado concedente otorgue un trato diferente en cuanto a la resolución de conflictos en relación a las inversiones o inversores de un Estado tercero. Sin embargo, para que el inversor pueda solicitar la aplicación de la cláusula NMF, su beneficiario debe también demostrar que el trato otorgado a los inversiones/inversores del Estado tercero es más favorable (1) y que la cláusula NMF tiene el mismo campo de aplicación que la disposición que será importada del TBI entre el Estado concedente y el Estado tercero (2).

2.1 La relatividad del trato

Para que un inversor pueda beneficiar de la importación de un mecanismo de resolución de litigios a través de la cláusula NMF, él debe probar que el hecho de recurrir al mecanismo previsto por la cláusula del TBI tercero constituye un trato más favorable que aquél existente en el TBI de base. La definición de trato "más favorable" no ha captado la atención ni de la mayoría

de los tribunales arbitrales ni de la doctrina. Sin embargo, esto constituye un elemento determinante para la aplicación de la cláusula NMF[18].

Los únicos tribunales arbitrales, en el contexto de la extensión de la cláusula NMF a los mecanismos de resolución de conflictos, que han definido el estándar que se debe aplicar para establecer lo que constituye el trato "más favorable" son los que se pronunciaron en los casos *ICS Inspection* y *Daimler.* De acuerdo a estas dos decisiones, la comparación entre el TBI de base y el TBI tercero debe ser objetiva. Es necesario comparar los dos tratos de una manera general, sin tomar en cuenta lo que es "más favorable" al inversor en las circunstancias particulares del caso concreto[19]. Además, las cláusulas de resolución de litigios deben ser comparadas en su conjunto y no parte por parte[20]. En el caso *ICS Inspection*, el tribunal ha remarcado que "[a]*bsent a clear apples-to-apples comparison, differential treatment in relation to dispute resolution may not necessarily equal less favourable treatment*"[21].

Para constatar la existencia de un trato más favorable, el tribunal debe proceder a una comparación (2.1.1) y establecer el objeto de contraste entre los mecanismos de resolución de diferencias (2.1.2).

2.1.1 El criterio de comparación

El análisis de la jurisprudencia existente hasta el momento sobre la extensión de la cláusula NMF revela que los inversores establecieron la existencia de un carácter más favorable previsto en las cláusulas de los TBIs terceros cuando estas: (i) prevén el acceso directo a los tribunales arbitrales, sin exigir la sumisión previa del litigio a las cortes del Estado receptor[22], (ii) no restringen

18. A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, Editions A. Pedone, Paris, 2014, p. 306.
19. *ICS Inspection*, N. 2, párrs. 319-320; *Daimler*, N. 2, párrs. 240-243.
20. *ICS Inspection*, N. 2, párrs. 319-320.
21. *ICS Inspection*, N. 2, párr. 320.
22. *Maffezini*, *Siemens*, *National Grid*, *Gas Natural*, *Suez ARB/03/17*, *Suez ARB/03/19*, *AWG*, *Impregilo*, *Hochtief*, *Teinver*, *Wintershall*, *ICS Inspection*, *Kiliç*, *Daimler*, N. 1.

la competencia de los tribunales arbitrales para decidir solamente sobre ciertas demandas[23], o (iii) prevén la utilización de un reglamento de arbitraje diferente que aquél previsto en el TBI de base[24].

En el primer grupo de decisiones, es decir, aquellas en las que se analizó la existencia de una obligación de sumisión previa del litigio a las cortes del Estado receptor, dos situaciones se presentan. La primera situación consiste simplemente en comparar los dos mecanismos de resolución de litigios previstos en las cláusulas, uno de ellos requiere que el inversor empiece el procedimiento ante las cortes nacionales antes de someter el litigio a un tribunal arbitral, y el otro mecanismo autoriza el sometimiento directo del litigio al arbitraje. La segunda situación se presenta cuando los TBIs terceros contienen una cláusula *fork-in-the-road*. En otras palabras, para resolver el conflicto, el inversor puede elegir entre recurrir a las cortes del Estado receptor o empezar un procedimiento arbitral. ¿La posibilidad misma de elegir es más favorable *per se*?

La respuesta dada a esta interrogación es afirmativa en los casos *Gas Natural*, *Impregilo* y *Hochtief*. Sin proceder a un análisis sobre la existencia de un trato menos favorable en razón de la exigencia de sumisión previa del litigio a los tribunales estatales, los árbitros decidieron que es más favorable un sistema que ofrece al inversor una elección[25].

No obstante, en el caso *ICS Inspection*, a pesar que el TBI tercero contenía una cláusula *fork-in-the-road*, el tribunal arbitral decidió comparar los dos mecanismos de resolución de conflictos previstos en los dos TBIs. El tribunal arbitral decidió que la exigencia de someter el caso previamente a los tribunales estatales no constituye un trato menos favorable, ya que "[a]*s noted by the Respondent, this effectively gives an investor two bites at the apple: once*

23. *Rosinvestco*, *Salini*, *Telenor*, *Berschader*, *Austrian Airlines*, *Laboratoires Servier*, *Sanum*, *Renta 4*.
24. *Garanti Koza*, *Plama*, N. 1, N. 2.
25. *Gas Natural*, párr. 31; *Impregilo*, párr. 101; *Hochtief*, párr. 100. El tribunal arbitral en el caso *Hochtief* se limitó a afirmar que la submisión de la diferencia directamente al arbitraje era más barata y más rápida, párr. 85. En el caso *Teinver*, el tribunal arbitral decidió que la cláusula *fork-in-the-road* era más favorable, sin considerar la existencia de una elección, N. 1, párr. 184.

before the domestic courts of the host State, and again before an international arbitral tribunal" [26].

El tribunal arbitral que se pronunció en el caso *Daimler* siguió la misma línea de interpretación al decidir que, ante una cláusula *fork-in-the-road*, el inversor debe hacer una elección definitiva, mientras que en ausencia de dicha cláusula, si el inversor somete previamente el litigio a las cortes argentinas y que ningún laudo se ha dictado en el transcurso de 18 meses, el inversor puede recurrir al tribunal arbitral con la prueba del trato del cual fue objeto por parte del Estado receptor[27]. Por otro lado, el tribunal agregó que la preferencia del inversor por la cláusula *fork-in-the-road* es un factor subjetivo que no debe ser tomado en cuenta[28].

En este sentido, la opinión disidente de Brigitte Stern en el caso *Impregilo* criticó la posición de la mayoría y remarcó que el sólo hecho de importar un plazo de un mecanismo a otro no constituye una verdadera comparación entre ellos[29].

En el segundo grupo de decisiones se analizó la extensión de la cláusula NMF a los mecanismos de resolución de conflictos que conferían a los tribunales arbitrales una competencia más amplia que aquella prevista por el tratado de base. En dichas decisiones, los tribunales arbitrales se pronunciaron sobre la extensión de la cláusula NMF sin buscar verdaderamente la existencia de un trato "más favorable". La única referencia fue hecha en el laudo *Renta 4*, en el cual el tribunal arbitral consideró que *"having options may be thought to be more "favoured" for MFN purposes than not having them"*[30].

26. El tribunal arbitral explicó que "[i]*f an investor were to prove a general need for urgent resort to international arbitration, such that investors who are forced to litigate for 18 months are put at a consistent disadvantage as compared to investors who may directly or more expeditiously seise an international tribunal, this might satisfy the Tribunal that this requirement leads to less favourable treatment. However, no such general disadvantage has been shown here"*. *ICS Inspection*, N. 2, párrs. 323-325.
27. *Daimler*, N. 2, párrs. 243-244.
28. Ídem, 245.
29. *Impregilo*, Opinión disidente de Brigitte Stern, N. 1, párr. 10.
30. *Renta 4*, N. 2, párr. 92.

Asimismo, la jurisprudencia no determina claramente si un trato es más favorable cuando el TBI tercero prevé la sumisión al arbitraje regido por un reglamento distinto de aquél previsto por el TBI de base. Por ejemplo, si el TBI prevé el recurso al arbitraje *ad hoc* regido por el reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y el TBI tercero otorga al inversor una elección entre recurrir al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) o a la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), el beneficiario de la cláusula NMF debe demostrar al tribunal arbitral que recurrir al CIADI o a la CCI es más favorable que recurrir al arbitraje CNUDMI. Como lo ha explicado Arnaud de Nanteuil, "[c]*ela n'a rien d'évident et explique aussi que la clause n'ait pas pu produire d'effet dans un certain nombre d'hypothèses*"[31].

Dicha situación se produjo por la primera vez en el caso *Plama*. Un inversor chipriota solicitó la aplicación de la cláusula NMF contenida en el TBI Bulgaria-Chipre para contornear la limitación del tratado de base que preveía recurrir al arbitraje *ad hoc* solamente en caso de demandas sobre el valor de la compensación en caso de expropiación. El inversor intentó beneficiarse de la cláusula de resolución de conflictos prevista en el TBI Bulgaria-Finlandia para empezar un arbitraje CIADI sin que fuera limitado a ciertos tipos de demandas.

El tribunal arbitral se declaró incompetente para juzgar el litigio, por razones que serán explicadas *infra*. En lo que concierne a la existencia de un trato más favorable en el TBI tercero, el tribunal hizo la siguiente observación:

> The Claimant argues that it is obviously more favorable for the investor to have a choice among different dispute resolution mechanisms, and to have the entire dispute resolved by arbitration as provided in the Bulgaria-Finland BIT, than to be confined to ad hoc arbitration limited to the quantum of compensation for expropriation. The Tribunal is inclined to

31. A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, Editions A. Pedone, Paris, 2014, p. 306.

> agree with the Claimant that in this particular case, a choice is better than no choice. But what if one BIT provides for UNCITRAL arbitration and another provides for ICSID? Which is more favorable?[32]

La situación descrita por el tribunal *Plama* se produjo posteriormente en el caso *Garanti Koza*. El tribunal arbitral CIADI aceptó su competencia mediante la aplicación de la cláusula NMF. El TBI de base (Reino Unido-Turkmenistán) permite al inversor empezar un arbitraje regido por el reglamento CNUDMI y permite recurrir al arbitraje CIADI o CCI solamente con el consentimiento del Estado para el caso concreto, mientras que el TBI tercero (Suiza-Turkmenistán) ofrece al inversor una elección entre el arbitraje CIADI o CNUDMI, sin ninguna restricción. El tribunal se posicionó de la misma manera que la jurisprudencia anterior al calificar como "más favorable" la posibilidad de elección sin analizar la posibilidad de que un arbitraje CIADI sea efectivamente más favorable que el arbitraje CNUDMI[33]. Sin embargo, es interesante recalcar que el tribunal arbitral estuvo de acuerdo con el argumento del Estado en el que se afirmaba que el arbitraje CIADI no puede ser objetivamente considerado como más favorable que el arbitraje CNUDMI[34].

A partir del análisis de los laudos descritos anteriormente, se puede llegar a las siguientes conclusiones. Pocos tribunales arbitrales dieron importancia al factor comparativo de la cláusula NMF, aun si este criterio es en realidad primordial para su aplicación. Entre los pocos tribunales que se interesaron en el tema, solamente dos han definido el e*stándar* para el análisis de lo que constituye un trato "más favorable". Los tribunales arbitrales han demostrado una preferencia por un razonamiento que se limita a la constatación de una elección en beneficio del inversor.

No obstante, dicho análisis puede ser considerado superficial. Si se admite que la existencia de una elección es *per se* más favorable para el inversor, se corre el riesgo que la cláusula NMF

32. *Plama*, N. 2, párr. 208.
33. *Garanti Koza*, N. 1, párrs. 89-91.
34. *Garanti Koza*, N. 1, párr. 89.

sea aplicada aún si las opciones previstas en el TBI tercero son menos favorables. En otras palabras, ese razonamiento no procede a una "*apples-to-apples comparison*" e ignora el hecho de que no es suficiente que el trato del TBI tercero sea diferente, sino que debe ser más favorable. En el caso *Garanti Koza*, el tribunal arbitral reconoció que no es posible establecer una diferencia objetiva entre el arbitraje CIADI y CNUDMI. La decisión tendría que haber terminado ahí. Si no es posible analizar objetivamente sus ventajas y desventajas, es porque no existe un trato más favorable y la aplicación de la cláusula NMF debe ser rechazada.

Además, la jurisprudencia ha dejado dos interrogantes. El primero es saber si la cláusula NMF se aplica cuando el TBI tercero no prevé una elección, pero simplemente reenvía al inversor a un arbitraje diferente del TBI de base. El segundo consiste en verificar si el recurso a los tribunales estatales es efectivamente menos favorable que el recurso al arbitraje. Según Arnaud de Nanteuil:

> l'obligation de saisir les juridictions internes et d'attendre un certain délai avant de pouvoir s'adresser au tribunal arbitral peut certes constituer un traitement défavorable dans un pays où la justice est chancelante et les institutions faibles. Mais dans un grand nombre d'États, le risque de partialité de la justice est très largement écarté[35].

2.1.2 El objeto de la comparación

El objeto de comparación entre el TBI de base y el TBI tercero sigue siendo un tema controvertido. De acuerdo a la decisión dictada en el caso *ICS Inspection*, "[i]*n the context of dispute settlement, the above principle requires that <u>the dispute settlement provisions in two treaties must be compared as a whole</u>, <u>and not part-by-part</u>, to determine whether the treatment accorded by the comparator treaty is indeed more favourable in general*"[36]. Sin embargo, el tribunal arbitral en el caso *Siemens* llegó a una conclusión contraria.

35. A. de Nanteuil, N. 31, p. 306.

El laudo *Siemens* fue el segundo que se pronunció sobre la extensión de la cláusula NMF a los mecanismos de resolución de conflictos en el área del arbitraje de inversiones. En particular, en este caso el TBI de base, concluido entre Argentina y Alemania, previa la sumisión del conflicto a los tribunales argentinos en el transcurso de 18 meses antes de que el inversor pueda recurrir al arbitraje. El inversor alemán decidió recurrir directamente al arbitraje contra el Estado receptor, solicitando la aplicación de la cláusula NMF al TBI Chile-Argentina, el cual contiene una cláusula *fork-in-the-road*, permitiendo recurrir directamente al arbitraje sin juicio previo ante las cortes nacionales.

Argentina se opuso a la extensión de la cláusula y, entre otros argumentos, defendió la tesis según la cual si la cláusula NMF es interpretada para cubrir la cláusula de resolución de conflictos del TBI tercero, debe cubrir el TBI como un conjunto, incluyendo de esta manera las disposiciones que puedan ser desfavorables al inversor. En este caso concreto, el inversor había recurrido a las autoridades administrativas argentinas antes de presentar su demanda de arbitraje ante el CIADI. La cláusula *fork-in-the-road* del TBI Chile-Argentina otorga al inversor una elección entre las "jurisdicciones locales" y el arbitraje.

Para Argentina, si la cláusula de resolución de conflictos del TBI Chile-Argentina se aplicara, el tribunal arbitral debería declararse incompetente porque el inversor había hecho su elección al someter el litigo a las jurisdicciones locales[37]. En otras palabras, según el argumento de Argentina, la cláusula NMF se aplicaba a la cláusula de resolución de conflictos en un conjunto y no solamente a la parte que le permite al inversor presentar una demanda arbitral sin antes haber recurrido al juez argentino.

El tribunal arbitral rechazó la tesis de Argentina. Aún si el tribunal reconoció que podría existir una coherencia en el argumento que afirma que el tratado fue negociado como un conjunto

---

36. *ICS Inspection*, N. 2, párr. 320 (énfasis añadido).
37. *Siemens*, N. 1, párr. 111.

de disposiciones y que por consiguiente el inversor no puede beneficiarse de sus ventajas sin someterse a sus desventajas, el tribunal decidió que este no es la razón de ser de la cláusula NMF. Según el tribunal, "[i]*t relates only to more favorable treatment. There is also no correlation between the generality of the application of a particular clause and the generality of benefits and disadvantages that the treaty concerned may include*" [38].

La decisión del caso *Siemens* fue objeto de distintas críticas. Un ejemplo es la opinión disidente dictada por Brigitte Stern en el caso *Impregilo*, en el cual la mayoría autorizó al inversor a prevalecerse de solamente una parte de la cláusula *fork-in-the-road* del TBI tercero. El árbitro subrayó que cuando el inversor se prevalece de sólo la parte de la cláusula *fork-in-the-road* que le parece más favorable, en realidad no existe el beneficio de un mecanismo de resolución de conflictos más favorable, sino de un mecanismo *sui generis* que no había sido previsto en el TBI tercero[39].

La doctrina también ha enfatizado los riesgos de la decisión *Siemens*, considerando que el tribunal arbitral abrió una puerta a una "*potentially infinite variety of dispute resolution permutations and combinations that different investors might rely upon so as best to meet their individual circumstances*"[40].

Siete años después, en el caso *Hochtief*, el tribunal arbitral tuvo la oportunidad de resolver la misma cuestión que fue resuelta por el tribunal constituido en el caso *Siemens*, en aplicación de los mismos TBIs. Los árbitros rechazaron la posibilidad del inversor de elegir sólo las partes del TBI que le sean más favorables y no como un todo[41].

La posición adoptada por el tribunal del caso *Hochtief* parece más apropiada. Para constatar la existencia de un trato más favorable, es necesario ponerse en el lugar del inversor que se benefi-

38. *Siemens*, N. 1, párr. 120.
39. *Impregilo*, Opinión disidente de Brigitte Stern, N. 1, párr. 12.
40. S. Fietta, "Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution under Bilateral Investments Treaties: a Turning Point?", en *International Arbitration Law Review*, 2005, p. 135.
41. *Hochtief*, N. 1, párr. 98.

cia del TBI tercero. El trato dado a dicho inversor es aquél previsto por el mecanismo de resolución de conflictos como un todo. O sea, el inversor no tiene la posibilidad de elegir las provisiones que le sean más favorables en el caso concreto. Es por dicha razón que la decisión *ICS Inspection* correctamente decidió que la comparación entre el TBI de base y el TBI tercero debe ser objetiva[42].

2.2 La igualdad de circunstancias

Para que la cláusula NMF pueda producir sus efectos, el trato de la cláusula "*ne peut concerner que le traitement accordé à d'autres investisseurs, en vertu d'un autre TBI que le traité applicable*"[43]. Se trata del principio *ejusdem generis*, reconocido y afirmado por los tribunales nacionales e internacionales[44].

El principio *ejusdem generis* circunscribe la aplicación de la cláusula NMF a las cuestiones análogas a aquellas reguladas por el tratado de base. Por ejemplo, una cláusula NMF en un tratado comercial entre A y B no puede ser utilizada por A para importar una ventaja prevista en un tratado firmado entre B y C sobre la protección diplomática[45].

Al aplicar el principio *ejusdem generis*, varios tribunales arbitrales se refieren al laudo *Ambatielos*. En este caso, Grecia empezó un arbitraje *ad hoc* contra el Reino Unido en representación de M. Ambatielos, ciudadano griego que afirmaba haber sufrido una denegación de justicia en un litigio delante de los tribunales ingleses. Para fundamentar su demanda, Grecia invocó la cláusula de arbitraje contenida en un tratado de comercio y navegación firmado con el Reino Unido e importó, mediante la cláusula NMF, el compromiso ofrecido por el Reino Unido a los nacionales

42. *ICS Inspection*, N. 1, párr. 319.
43. A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, Editions A. Pedone, Paris, 2014, pp. 303-304.
44. Draft Articles on MFN with commentaries. *Yearbook of the International Law Commission*, 1978, vol. II, Part II, p. 27. Véase los artículos 9 y 10 y sus respectivos comentarios sobre el principio *ejusdem generis*.
45. UNCTAD, N. 6.

de países terceros de darles un trato conforme a los principios internacionales de administración de la justicia[46].

En su defensa, el Reino Unido sostuvo que la demanda de Grecia no era válida ya que la cláusula NMF del tratado de base se limitaba a cuestiones de comercio y navegación, y no a la administración de la justicia. El tribunal arbitral rechazó dicha interpretación y aplicó la cláusula NMF al considerar que esta cláusula sólo puede aplicarse a cuestiones análogas. Según el tribunal arbitral, es necesario tomar en consideración el texto de la cláusula NMF y la intención de las partes[47]. El tribunal arbitral estimó que la administración de la justicia está relacionada a la protección de los comerciantes, que al mismo tiempo forma parte del ámbito de aplicación del tratado de navegación.

Ante los intentos de los inversores de extender la cláusula NMF a cuestiones procesales, los Estados han invocado la violación del principio *ejusdem generis* al considerar que la palabra "trato" en dichas cláusulas se refiere a un trato substancial y que no cubre cuestiones procesales en tratados terceros[48].

Es necesario recalcar que esto sólo se aplica cuando los tratados no han definido si la cláusula NMF se aplica a materias procesales, lo que constituye la mayoría de los casos. Por ejemplo, el Reino Unido ha firmado algunos de los pocos TBIs que aceptan expresamente que los mecanismos de resolución de conflictos sean cubiertos por cláusulas NMF[49].

46. *The Ambatielos Claim* (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northen Ireland), United Nations Treaty Collection, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XII, pp. 83-153.
47. Ibídem.
48. Y. Banifatemi, "The Emerging Jurisprudence on the Most-Favored-Nation Treatment in Investment Arbitration", en A. Bjorklund, I. Laird y S. Ripinski (Eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues III*, BIICL, Londres, 2009, p. 256: "*Although not always clearly defined, the focus of the examination seems to be the concept of 'treatment' and whether access to dispute resolution mechanisms is part of the treatment accorded under the relevant treatment*".
49. Un ejemplo es el TBI Reino Unido–El Salvador: "*Article 3. National Treatment and Most-favoured-nation Provisions* […] *3. For the avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of Articles 1 to 11 [investor-State disputes] of this Agreement*".

Los tribunales arbitrales han aplicado el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) para determinar cuál fue la voluntad de las partes al firmar los TBIs en discusión. Como lo exige el artículo 31.1 de la CVDT, en primer lugar es necesario interpretar un tratado *"de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et son but"*. Sin embargo, incluso aplicando los artículos 31.1 y siguientes de la CVDT, las decisiones sobre la interpretación de la cláusula NMF son relativamente divergentes.

La jurisprudencia se divide entre los tribunales arbitrales que consideran que la extensión de la cláusula NMF a las materias de resolución de conflictos es conforme al principio *ejusdem generis* (2.2.1) y aquellos que la consideran una violación al dicho principio (2.2.2).

2.2.1 La conformidad al principio ejusdem generis

La tesis de la violación del principio *ejusdem generis* fue el argumento presentado por España en el caso *Maffezini*, el primero de una larga y controvertida cadena de laudos que analizaron la pregunta central de este artículo. Como fue sostenido por España, *"since it is the purpose of the most favored nation clause to avoid discrimination, such discrimination can only take place in connection with material economic treatment and not with regard to procedural matters"*[50].

El tribunal arbitral en el caso *Maffezini* rechazó el argumento de España, basándose en la decisión *Ambatielos* y en el hecho que las disposiciones relativas a la resolución de conflictos están estrechamente vinculadas a la protección de los inversores extranjeros[51]. La cláusula NMF tenía una redacción general y se aplicaba a *"all matters subject to this Agreement* [TBI Argentina-España]".

50. *Maffezini*, N. 1, párr. 42. Véase también P. Acconci, "Most-Favored-Nation Treatment", en P. Muchlinski, F. Ortino y C. Schreuer (Eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, New York, 2008, pp. 388-389.
51. *Maffezini*, N. 1, párr. 54.

El tribunal arbitral concluyó que la cláusula NMF cubría los mecanismos de resolución de conflictos sin violar el principio *ejusdem generis* en el caso en el que el TBI tercero regula la misma cuestión que el TBI de base[52]. Para llegar a dicha conclusión, el tribunal *Maffezini* analizó las negociaciones que habían precedido la conclusión del TBI entre Argentina y España y el hecho que España permitía, en la mayoría de sus TBIs el acceso directo al arbitraje[53].

Respecto al amplio campo de aplicación de la cláusula NMF en el TBI Argentina-España, cabe precisar que entre las 25 decisiones dictadas por los tribunales arbitrales sobre este tema, en solamente 8 de los casos la redacción de la cláusula prevía la cobertura de "*all matters subject to this agreement*"[54]. Como será analizado *infra*, la decisión *Maffezini* sobre la extensión de la cláusula NMF a la resolución de conflictos en razón de su redacción general no es unánime.

Después de la decisión *Maffezini*, varios tribunales arbitrales siguieron la misma línea de interpretación para decidir sobre la compatibilidad del principio *ejusdem generis* y la extensión de la cláusula NMF a los mecanismos de resolución de conflictos[55]. Entre esas decisiones, el razonamiento de tres tribunales arbitrales merece un examen minucioso, ya que las cláusulas NMF en discusión no eran tan generales como la cláusula prevista en el TBI Argentina-España.

En primer lugar, en los casos *Siemens* y *Hochtief*, la cláusula NMF del TBI de base entre Chile y Argentina prevé que las inversiones y los inversores extranjeros, en el ámbito de sus actividades relacionadas a sus inversiones, no deben recibir un trato menos favorable que aquel acordado a las inversiones y a los in-

52. Ídem, párr. 56.
53. Ídem, párrs. 57-61.
54. *Maffezini*, *Camuzzi*, *Gas Natural*, *Suez ARB/03/17*, *Suez ARB/03/19*, *Impregilo*, *Teinver*, N. 1.
55. *Siemens*, *National Grid*, *Gas Natural*, *Suez ARB/03/17*, *Suez ARB/03/19*, *AWG*, *Rosinvestco*, *Impregilo*, *Hochtief*, *Teinver*. En los casos *Suez 03/19* y *AWG*, el enfoque fue aún más amplio porque los árbitros consideraron que no existían razones para contrastar cláusulas de resolución de conflictos con otras disposiciones del tratado, N. 1, párrs. 55-59.

versores de los Estados terceros. El tribunal *Siemens* destacó que el término "trato" había sido redactado de manera general y que la necesidad de excepciones confirma el carácter general de este término en lugar de establecer límites más allá de las excepciones[56]. Por otro lado, el tribunal confirmó que el TBI de base tenía como factor distintivo el mecanismo de resolución de conflictos y que el acceso a este tipo de mecanismo formaba parte de las protecciones ofrecidas por el "trato"[57].

El tribunal *Hochtief* consideró que para poder importar la cláusula de resolución de litigios del TBI tercero, sólo la parte de la cláusula NMF relativa al trato del inversor era relevante y no la parte relativa a la inversión. El tribunal arbitral interpretó la palabra "actividad" contenida en la segunda parte de la cláusula NMF, la cual había sido definida en el protocolo anexo al TBI como "*the management, utilization, use and enjoyment of the investor*". El tribunal arbitral estimó que el artículo 10 del TBI de base, el cual permitía al inversor recurrir al arbitraje, era un tipo de protección que cae dentro del campo de aplicación del "*management, utilization, use and enjoyment of the investment*" [58].

En segundo lugar, en el caso *RosInvetCo*, el TBI de base sólo permitía recurrir al arbitraje para resolver los conflictos relativos al monto de la compensación en caso de expropiación o relativos a las consecuencias de un acto expropriatorio[59]. La cláusula NMF prevista en este TBI estaba compuesta de dos partes, la primera se refería a las inversiones y la segunda a los inversores respecto al "*management, maintenance, use enjoyment or disposal*" de las inversiones. El tribunal consideró que sólo la segunda parte de la cláusula NMF podría ser utilizada para importar la cláusula de resolución de conflictos del TBI tercero y de esta manera pronunciarse sobre la demanda relativa a la legalidad de la expropiación. El tribunal arbitral no se pronunció sobre la cuestión general relativa a si el término "trato" incluye o no la protección de una

56. *Siemens*, N. 1, párr. 85.
57. Ídem, párr. 102.
58. *Hochtief*, N. 1, párrs. 62, 68.
59. TBI entre la Federación Rusa y el Reino Unido.

cláusula de arbitraje, pero que en el contexto de la expropiación, una cláusula de arbitraje tiene el mismo valor que las demás protecciones substanciales del TBI[60].

Los tribunales también han invocado el principio *expressio unius est exclusio alterius*, según el cual si un tratado prevé excepciones, las cuestiones que no forman parte de dichas excepciones son automáticamente consideradas como parte de su ámbito de aplicación. Es decir, si el tratado prevé excepciones a la aplicación de la cláusula NMF, la resolución de conflictos entra en el campo de aplicación de la cláusula si no está prevista entre las excepciones[61].

Es importante remarcar que en los casos *Austrian Airlines* y *Daimler*, aún si los árbitros se rehusaron a aplicar la cláusula NMF a los mecanismos de resolución de conflictos, ellos consideraron que la palabra "trato" era suficientemente general como para incluir las cuestiones procesales y que por consiguiente el principio *ejusdem generis* no había sido violado[62]. Precisamente, en el caso *Austrian Airlines*, el tribunal arbitral estimó que, en principio, no existían razones conceptuales para que la cláusula NMF sea limitada a las cuestiones procesales. Sin embargo, el tribunal rechazó la aplicación de la cláusula al considerar que el carácter restrictivo de la cláusula de arbitraje relativa al monto de la compensación era una excepción al campo de aplicación de la cláusula NMF[63].

Una parte de la doctrina se mostró favorable al enfoque según el cual si las partes no han ni incluido ni excluido la resolución de conflictos del campo de aplicación de la cláusula, la intención de las partes puede ser razonablemente interpretada en el sentido de la inclusión de todos los derechos acordados a los inversores de un país determinado, incluyéndose el derecho de recurrir al tribunal arbitral[64].

60. *RosInvestCo*, N. 1, párrs. 128-132.
61. *National Grid*, N. 1, párr. 82; *Suez* N. 1, *03/17*, párr. 56; *Suez* N. 1, *03/19*, párr. 58; *AWG*, párr. 58; *RosInvestCo*, N. 1, párr. 135.
62. *Austrian Airlines*, N. 2, párr. 124; *Daimler*, párr. 216.
63. *Austrian Airlines*, N. 2, párrs. 124, 131 y 135.

2.2.2 *La violación al principio ejusdem generis*

Una segunda línea jurisprudencial se opuso a la interpretación dada por las decisiones comentadas anteriomente sobre la compatibilidad entre el principio *ejusdem generis* y la extensión de la cláusula NMF a cuestiones procesales[65]. Se puede dividir dichas decisiones en dos grupos.

El primer grupo de decisiones en las cuales los árbitros no aplicaron la cláusula NMF a los mecanismos de resolución de conflictos se basa en la existencia de una diferencia entre los derechos procesales y los derechos substanciales previstos en los TBIs, diferencia de la cual se deduce que, en la ausencia de una estipulación contraria, la palabra "trato" se limita a la segunda categoría, a saber, los derechos substanciales[66].

Algunas de estas decisiones han adoptado una interpretación diferente sobre la decisión *Ambatielos*, la cual en realidad no podría ser utilizada para dar una respuesta sobre la compatibilidad del principio *ejusdem generis* para importar mecanismos de resolución de diferencias por medio de una cláusula NMF. Se destacó que la cuestión de la administración de la justicia en el caso *Ambatielos* estaba vinculada a los derechos substanciales de los comerciantes y no a los derechos procesales[67].

---

64. E. Gaillard, "Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause", en *New York Law Journal*, Vol. 233, No. 105, junio 2005. Véase también Y. Banifatemi, "The Emerging Jurisprudence on the Most-Favored-Nation Treatment in Investment Arbitration", en A. Bjorklund, I. Laird y S. Ripinski (Eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues III*, BIICL, Londres, 2009, pp. 272-273.
65. *Plama*, *Telenor*, *Berschader*, *Wintershall*, *ICS Inspection*, *Kiliç*, *Sanum*. N. 1., N. 2. El tribunal arbitral en el caso Salini rechazó la extensión de la cláusula NMF sin analizar el principio *ejusdem generis*. El tribunal arbitral del caso *Laboratoires Servier* tomó una decisión sobre el tema en un laudo interlocutorio que no fue publicado. En una decision posterior, el tribunal afirmó que "[t]*he Tribunal held that the notion of "treatment" in article 4(1) of the France-Poalnd BIT does not ecompass international arbitration*". *Laboratoires Servier*, párr. 519.
66. *Telenor*, N. 2, párr. 92; *Kiliç*, N. 2, párr. 7.3.9; *Sanum*, N. 2, párr. 357; *ICS Inspection*, N. 2, párr. 296: "*the Tribunal's view is that the term "treatment", in the absence of any contrary stipulation in the treaty itself, was most likely meant by the two Contracting Parties to refer only to the legal regime to be respected by the host state in conformity with its international obligations, conventional or costumary*".
67. Véase *Plama*, párr. 215; *Salini*, párr. 112. Para una critica a la interpretación hecha por el tribunal *Maffezini*, véase Z. Douglas, "The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails", en *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, No. 1 (2011), p. 102.

Por lo que concierne al principio *expressio unius exclusio alterius*, los tribunales arbitrales que se pronunciaron contra la extensión de la cláusula explicaron que una de las razones para no incluir la resolución de conflictos en la lista de excepciones era que los Estados no habían imaginado que sería posible incluirlas[68]. Además, para esos tribunales, las exclusiones de ciertos tratos substanciales no tienen necesariamente como corolario que la resolución de conflictos sea automáticamente excluida.

El segundo grupo rechazó la aplicación del principio *ejusdem generis* y se pronunció en favor de la extensión de la cláusula NMF tomando en consideración la existencia del consentimiento de las partes[69]. En ese sentido, el tribunal arbitral del caso *Plama* decidió expresamente que no era necesario analizar si el término "trato" incluía o no protecciones procedurales[70]. En el laudo del caso *Berschader*, el tribunal arbitral consideró que el argumento según el cual el acceso a los mecanismos de resolución de conflictos era una parte importante de la protección de las inversiones es general y no permitía verificar si, en el caso concreto, las partes habían realmente deseado extender la cláusula de resolución de conflictos[71]. En ese caso, aún si la cláusula de resolución de conflictos prevea su aplicación a "*toutes les matières visées au présent Accord*" [72], el tribunal consideró que el término "todas las materias" no significaba que las partes habían deseado expresamente que la cláusula se aplicara a la resolución de conflictos[73].

El análisis de compatibilidad entre el principio *ejusdem generis* y la aplicación de la cláusula NMF a cuestiones procesales fue minuciosamente detallado por Brigitte Stern en su opinión disidente en el caso *Impregilo*. Primero, el árbitro enfatizó que las cuestiones procesales y substanciales tienen una naturaleza distinta, lo cual significa que el principio *ejusdem generis* prohíbe que los dos sean

68. Véase *ICS Inspection*, N. 2, párrs. 310-13. *Kiliç*, N. 2, sección 7.7. El tribunal arbitral *Daimler* se opuso a la aplicación del principio, párrs. 238-239.
69. *Plama*, N. 2, párrs. 189-227; *Berschader*, N. 2, párrs. 195-197; *Wintershall*, N. 2, párrs. 188-189.
70. *Plama*, N. 2, párr. 189.
71. *Berschader*, N. 2, párrs. 195-197.
72. TBI Bélgica-Federación Rusa, firmado el 9 de febrero de 1989, Artículo 2.
73. *Berschader*, N. 2, párr. 184.

asimilados y que la cláusula NMF sea aplicada a mecanismos de resolución de conflictos[74]. No obstante, el árbitro agregó que las decisiones que habían declarado la incompatibilidad del principio no habían presentado razones sólidas que permitan justificar la oposición de derechos substanciales y procesales[75].

Sobre el argumento invocado por varios tribunales arbitrales según el cual la resolución de conflictos sería parte integral del trato ofrecido a los inversores, Brigitte Stern sostuvo que si dicha premisa fuera aceptada, no existiría ningún obstáculo para importar una cláusula CIADI a un tratado que no contiene ninguna cláusula de arbitraje, solución que probablemente no sería bien vista ni siquiera por los árbitros más favorables a la expansión de la cláusula NMF a las cuestiones procesales[76].

En segundo lugar, el árbitro hizo un análisis de los tratos substanciales y jurisdiccionales basándose en la idea que las condiciones para acceder a uno o al otro son diferentes. De manera general, la principal diferencia entre los dos es que si a nivel nacional existe un derecho sustancial, existe automáticamente un mecanismo jurisdiccional para protegerlo. Sin embargo, dicho razonamiento no se aplica a nivel internacional, en el cual el Estado debe dar su consentimiento para que un extranjero u otro Estado empiece un procedimiento solicitando su condena por violación de una obligación internacional[77].

Como fue decidido por Brigitte Stern, "*an MFN clause can only concern the right that an investor can enjoy, it cannot modify the fundamental conditions for the enjoyment of such rights, in other words, the insuperable conditions of access to the rights granted in the BIT*"[78].

Christopher Thomas, en el caso *Hochtief*, consideró que el recurso previo a las cortes nacionales del Estado receptor tiene una naturaleza jurisdiccional y, basándose en la diferencia destacada

74. *Impregilo*, Opinión disidente de Brigitte Stern, N. 1, párr. 28.
75. Ídem, párrs. 29-32.
76. Ídem, párr. 35.
77. Ídem, párr. 45.
78. Ídem, párr. 47.

por laudos de la CIJ entre los derechos substanciales y las provisiones jurisdiccionales de los tratados, rechazó la extensión de la cláusula NMF[79].

De la misma manera, Zachary Douglas afirmó que, en razón de la diferencia entre las obligaciones sustanciales para la protección de las inversiones y las provisiones de los TBIs que confieren poderes jurisdiccionales a un tribunal arbitral, el obstáculo impuesto por el principio *ejusdem generis* es insuperable[80].

Las condiciones para acceder a los derechos substanciales y jurisdiccionales de un tratado son distintas. La diferencia entre estos dos tipos de protección debe por ello ser tomada en consideración para verificar si la cláusula NMF es o no conforme al principio *ejusdem generis*. Aparentemente, hay violación del principio, salvo si los Estados partes del TBI de base aceptaron la extensión de la competencia del tribunal arbitral mediante la aplicación de la cláusula NMF.

3. El consentimiento del Estado

Poniendo de lado las características particulares al trato NMF, para que un inversor pueda prevalecerse de una cláusula de resolución de conflictos de un TBI firmado entre el Estado concedente y un Estado tercero, el Estado de nacionalidad del inversor y el Estado concedente deben haber dado su consentimiento para someterse a otra cláusula de resolución de conflictos.

La posibilidad de que un Estado dé su consentimiento mediante una cláusula NMF no plantea ningún problema[81]. Tal y como fue recalcado en la decisión *Renta 4*, no existe regla que imponga que todas las disposiciones de la cláusula de arbitraje estén previstas en una sola cláusula o instrumento o que los elementos

79. Ídem, párrs. 75-79.
80. Z. Douglas, "The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails", en *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, No. 1 (2011), pp. 102-107.
81. A. Newcombe y L. Paradell, N. 9, p. 216.

relativos a la competencia del tribunal arbitral estén definidos en un artículo que cubra los aspectos substanciales de la inversión[82].

Esto es ilustrado por los TBIs del Reino Unido que incluyen expresamente la cláusula de resolución de conflictos en el campo de aplicación de la cláusula NMF[83]. La situación contraria es igualmente posible. Un Estado puede decidir limitar la competencia de los tribunales arbitrales al incluir una excepción a la aplicación de la cláusula NMF a los mecanismos de resolución de conflictos. Por ejemplo, como reacción al laudo *Maffezini*, la nota al pie N. 13 del *Free Trade Agreement of the Americas* (FTAA) prevé que la cláusula NMF del tratado no se aplica a los mecanismos de resolución de conflictos internacionales. Otro ejemplo se encuentra en la nota interpretativa acordada por Argentina y Panamá en la cual se excluyó los mecanismos de resolución de conflictos del ámbito de aplicación de la cláusula NMF del TBI concluido entre los dos países.

La problemática relativa a la interpretación de las cláusulas NMF se presenta cuando el TBI no contiene precisiones sobre el tema. En ese sentido, las decisiones de los tribunales arbitrales de inversiones que lidiaron con esa situación son divergentes. Algunas decisiones han optado por una interpretación positiva (2.1) y otras por una interpretación negativa a la existencia del consentimiento de los Estados (2.2).

A veces, las decisiones de los tribunales arbitrales no hacen una clara distinción entre el análisis del principio *ejusdem generis* y del consentimiento. Sin embargo, se trata de dos cuestiones diferentes, aún si las dos requieren la interpretación de la cláusula NMF sobre la base del artículo 31 de la CVDT. El análisis del principio *ejusdem generis* se limita a la verificación de la diferencia o de la compatibilidad entre derechos substanciales y procesales de los TBIs, mientras que el análisis del consentimiento consiste en buscar la voluntad de los Estados de someterse a los mecanismos de resolución de conflictos distintos de los previstos en el TBI de base.

82. *Renta 4*, N. 2, párr. 82.
83. Véase, N. 50.

3.1 Una interpretación positiva

3.1.1 La regla

La mayoría de las decisiones favorables a la importación de las cláusulas de arbitraje previstas en los TBIs terceros mediante la aplicación de la cláusula NMF se basaron en la interpretación del término "trato", como fue explicado en la sección anterior de este artículo. Pocas decisiones han examinado la voluntad de los Estados de someterse a mecanismos de resolución de conflictos distintos de los previstos en el TBI de base.

Sin embargo, este tema se ha ido desarrollando con el tiempo. Mientras que las primeras decisiones no hacían ninguna referencia al consentimiento[84], el último laudo publicado que ha aceptado la extensión de la cláusula NMF abordó el consentimiento de manera detallada[85].

La primera de las decisiones favorables que ha asociado la aplicación de la cláusula NMF al consentimiento fue dictada en el caso *National Grid*. El tribunal arbitral hizo una verificación de la práctica de Argentina y del Reino Unido, Estados partes del TBI de base, sobre la redacción de las cláusulas NMF. El tribunal encontró elementos que probarían que el Reino Unido tenía la intención de extender la cláusula NMF a las cláusulas de resolución de conflictos y que, al contrario, no existían elementos que demostraran que Argentina no estuviera de acuerdo con la extensión[86]. Los árbitros decidieron que, cuando el TBI de base contiene el consentimiento de los Estados al arbitraje entre Estado e inversor, la palabra "trato" en la cláusula NMF permite su extensión a una cláusula de arbitraje más favorable[87]. Es interesante observar que, en esta primera decisión, el análisis termina con la constatación de la existencia del consentimiento al arbitraje en el TBI de base.

84. Por ejemplo, las decisiones *Maffezini*, *Siemens*, *Camuzzi* y *Gas Natural*, N. 1.
85. *Garanti Koza*, N. 1.
86. *National Grid*, N. 1, párrs. 82-85.

El tribunal arbitral del caso *Suez ARB 03/17* fue el primero en dar una respuesta respecto a la interpretación de la cláusula de arbitraje para la extensión de su competencia mediante la aplicación de la cláusula NMF. Los árbitros rechazaron la interpretación del tribunal en el caso *Plama*, según la cual el acuerdo al arbitraje debe ser claro y afirmaron que las "*dispute resolution provisions are subject to interpretation like any other provisions of a treaty, neither more restrictive nor more liberal*" [88].

Posteriormente, en el caso *RosInvestCo*, los árbitros afirmaron que la competencia del tribunal arbitral podía ser extendida mediante la aplicación de la cláusula NMF. Después de haber decidido que la cláusula NMF se aplicaba al mecanismo de resolución de conflictos del TBI tercero, el tribunal afirmó que dicho razonamiento no cambia aun si la cláusula de arbitraje contenía límites a su competencia. Según el tribunal arbitral, la extensión de la competencia es un resultado normal de la aplicación de las cláusulas NMF[89].

Los árbitros del tribunal *Hochtief* trataron la cuestión detalladamente y analizaron los efectos de la cláusula NMF sobre la competencia desde otra perspectiva. Se decidió que las cláusulas NMF estipulan la manera en la que los inversores deben ser tratados cuando ejercen sus derechos en virtud del TBI de base. Pero el objetivo de la cláusula no es crear nuevos derechos, sino simplemente facilitar el ejercicio de un derecho ya reconocido[90]. Según Arnaud de Nanteuil, la posición del tribunal en el caso *Hochtief* fue la mejor posición adoptada hasta el momento[91].

87. *National Grid*, N. 1, párr. 93: "*To conclude, the tribunal considers that, in the context in which the Respondent has consented to arbitration for the resolution of the types of disputes raised by the Clamaint, 'treatment' under the MFN clause of the treaty makes it possible for UK investors in Argentina to resort to arbitration without first resorting to Argentine courts*".

88. *Suez* N. 1, *ARB 03/17*, N. 1, párr. 64. El mismo tribunal repitió esa decisión en los casos *Suez 03/19* y *AWG*.

89. *RosInvestCo*, N. 1, párr. 131.

90. *Hochtief*, N. 1, párr. 79. El tribunal afirmó que "[t]*he MFN clause is not a* renvoi *to a range of totally distinct sources and systems of rights and duties: it is a principle applicable to the exercise of rights and duties that are actually secured by the BIT in which the MFN clause is found*", párr. 81.

91. A. de Nanteuil, N. 31, p. 305.

En el caso *Hochtief*, la cláusula NMF fue invocada para que el inversor no sometiera el litigio a los tribunales argentinos por un período determinado previo al arbitraje. Como la posibilidad de resolver el litigio mediante arbitraje existía en el TBI de base, los árbitros estimaron que la aplicación de la cláusula NMF no resultaría de un caso que no podría ser eventualmente sometido a la apreciación de un tribunal arbitral[92]. Un enfoque similar fue adoptado por el tribunal *Teinver*, conforme al cual la aplicación de la cláusula NMF "*would not change the scope, the forum or the rules applicable to this arbitration*" [93].

Finalmente, el laudo dictado por la mayoría en el caso *Garanti Koza* fue el último favorable a la extensión de la cláusula NMF a los mecanismos de resolución de conflicto. Sobre la competencia del tribunal, el inversor alegó que la utilización de la cláusula NMF para establecer el consentimiento del Estado al arbitraje CIADI es simplemente un ejemplo de la utilización de la cláusula para importar derechos de otros TBIs[94].

Es importarte recordar que en el caso *Garanti Koza*, el TBI de base permitía al inversor empezar un arbitraje regido por el reglamento CNUDMI y prevía la utilización del arbitraje CIADI o CCI sólo con el consentimiento del Estado para el caso concreto. El inversor buscó prevalecerse de una cláusula en un TBI tercero que prevía una elección entre el arbitraje CNUDMI o CIADI. Una particularidad del TBI de base (Reino Unido-Turkmenistán) es que prevé expresamente que la cláusula NMF se aplica a la cláusula de resolución de conflictos.

La mayoría del tribunal arbitral no consideró necesario verificar si la cláusula NMF crea o no derechos. Si el TBI de base prevé que el inversor tiene la posibilidad de recurrir al arbitraje, no es necesario aplicar la cláusula NMF para crearlo[95].

92. *Hochtief*, N. 1, párr. 86.
93. *Teinver*, N. 1, párr. 186.
94. *Garanti Koza*, N. 1, párr. 48.
95. *Garanti Koza*, N. 1, párr. 49.

Para sostener su posición, el tribunal reprodujo la siguiente citación:

> The argument that the MFN clause is inapplicable in cases where the basic treaty limits or refrains from granting consent, since the parties intention in that respect is clear, is not convincing. An MFN clause is not a rule of interpretation that comes into play only where the wording of the basic treaty leaves room for doubt. It is intended to endow its beneficiary with rights that are additional to the rights contained in the basic treaty. The meaning of an MFN clause is that whoever is entitled to rely on it be granted rights accruing from a third party treaty even if these rights clearly go beyond the basic treaty[96].

En ese contexto, el tribunal arbitral consideró que la intención expresa de las partes era de extender la cláusula NMF a un mecanismo de resolución de conflicto más favorable. Ante la falta de ambigüedad, el tribunal no aplicó otros métodos interpretativos, como lo determina la CVDT[97]. El árbitro Laurence de Boisson de Chazournes dictó una opinión disidente sobre el tema.

3.1.2 Las excepciones

Ciertos tribunales arbitrales favorables a la extensión de la cláusula NMF a los mecanismos de resolución de conflictos entre Estados e inversores intentaron poner límites a tal extensión. Aún si sus decisiones fueron tomadas basándose en la interpretación del término "trato", las excepciones a la extensión de la cláusula tienen consecuencias en la extensión de la competencia de los árbitros.

En la decisión *Maffezini*, el tribunal estableció que, en principio, el beneficiario de la cláusula no podía esquivar las consideraciones de orden público que los Estados contratantes habían considerado fundamentales para la aceptación del tratado en cuestión[98].

96. C. Schreuer *et al.*, *The ICSID Convention - A Commentary*, Cambridge University Press, 2da. Ed., 2009, p. 248.
97. *Garanti Koza*, N. 1, párrs. 55-57.

Los árbitros ilustraron esas situaciones de orden público con los siguientes ejemplos: (i) si una de las partes condicionó su consentimiento al arbitraje al agotamiento de los recursos locales; (ii) si una de las partes, en presencia de una cláusula *fork-in-the-road*, no hizo su elección; (iii) si la cláusula de arbitraje prevía un fórum arbitral particular; y (iv) si las partes se pusieron de acuerdo sobre un sistema de arbitraje institucional que incorpore reglas procesales precisas[99].

En el caso *Siemens*, el tribunal arbitral estuvo de acuerdo con las excepciones de orden público del laudo *Maffezini*[100]. La importancia de no extender la cláusula más allá de los límites apropiados también fue destacada en el caso *National Grid*. Los árbitros tomaron como ejemplo el caso *Plama*, en el cual, según ellos, el inversor intentó crear un consentimiento al arbitraje CIADI que no existía[101].

Incluso usando los ejemplos dados en el laudo *Maffezini*, es difícil entender con precisión a lo que el tribunal se refería con las "excepciones de orden público". Si se consideran las excepciones destacadas en los casos *Maffezini* y *National Grid*, parece que la cuestión se resume a la existencia del consentimiento, la cual debería haber sido analizada en detalle por los árbitros antes de delimitar las excepciones a la aplicación de la cláusula NMF.

3.2 Una interpretación negativa

Contrariamente a las decisiones descritas en la sección anterior, la mayoría de los tribunales arbitrales que se opusieron a la utilización de la cláusula NMF para importar los mecanismos de resolución de conflictos han basado sus decisiones en la ausencia de consentimiento de los Estados concedentes[102]. Como fue resu-

98. *Maffezini*, N. 1, párr. 62.
99. Ídem, párr. 63.
100. *Siemens*, N. 1, párr. 109.
101. *National Grid*, N. 1, párr. 92.
102. Entre 12 laudos desfavorables a la extensión de la cláusula NMF, sólo los tribunales *Salini*, *Sanum* y *Kiliç* no analizaron en detalles los efectos del consentimiento. En el primer caso, el tribunal se basó en

mido en el laudo *Wintershall*, "[i]*nvocation of MFN treatment to dispute settlement does relate to and has a bearing on consent*"[103].

El tribunal arbitral *Plama* fue el primero que decidió expresamente que la cláusula NMF no contenía el consentimiento del Estado receptor para someter la diferencia a la jurisdicción CIADI[104]. En ese caso, el inversor intentó prevalecerse de la cláusula NMF para evitar la restricción del TBI de base que permitía recurrir al arbitraje *ad hoc* sólo para resolver las cuestiones relativas a compensación en caso de expropiación. Los árbitros citaron el principio según el cual el acuerdo de arbitraje debe ser claro e inequívoco, lo que no era el caso de la cláusula NMF controvertida[105]. Dicho razonamiento fue adoptado en varios laudos posteriores[106].

Una vez establecido que la cláusula NMF puede ser fuente de consentimiento, el tribunal *Plama* buscó la voluntad de las partes aplicando el criterio de interpretación utilizado para analizar las cláusulas de arbitraje. Esta posición, según la cual el consentimiento existe sólo si es "claro e inequívoco", fue objeto de críticas. Por ejemplo, el tribunal del caso *Austrian Airlines* consideró que dicha interpretación es restrictiva y afirmó que no existe un principio de interpretación restrictiva o extensiva en el arbitraje internacional[107]. Del mismo modo, Andrew Newcombe y Lluís Paradell consideran que el principio más apropiado fue el adoptado en el caso *Amco Asia Corporation c. Indonesia*:

> In the first place, like any other conventions, a convention to arbitrate is not to be construed restrictively, nor, as a matter of fact, broadly or liberally. It is to be construed in a way

this treaty"el hecho que la cláusula NMF del TBI de base no se refería a "*all matters under* y que el inversor no había presentado prueba de la intención común de los Estados de aplicar la cláusula NMF a la resolución de conflictos (párr. 118). En el segundo caso, se destacó que si cláusula NMF se aplicaba a todas las protecciones del TBI tercero, el resultado seria una extensión del consentimiento de los Estados contraria a su intención (párr. 358). El tribunal *Kiliç* no trató de ningún aspecto del tema.

103. *Wintershall*, N. 2, párr. 190.
104. *Plama*, N. 2, párr. 184.
105. *Plama*, N. 2, párrs. 198-199.
106. *Telenor*, N. 2, párr. 90; *Berschader*, N. 2, párrs. 178-181; *Wintershall*, N. 2, párr. 167; *ICS Inspection*, N. 2, 313; *Daimler*, N. 2, párr. 176.
107. *Austrian Airlines*, N. 2, párr. 119.

which leads to find out and to respect the common will of the parties: such a method of interpretation is but the application of the fundamental principle pacta sunt servanda […][108].

No obstante, otras decisiones consideraron que el laudo *Plama* no adoptó una interpretación restrictiva del consentimiento. Los árbitros del caso *ICS Inspection* explicaron que la ausencia de fórum para presentar las demandas contra un Estado en la esfera internacional es una situación normal. Por ello, la ausencia de consentimento no puede ser considerada un defecto del tratado[109]. El árbitro Brigitte Stern está de acuerdo con la interpretación adoptada en el caso *Plama* y remarcó la diferencia entre una interpretación restrictiva y el hecho de considerar que el consentimiento al arbitraje debe ser claro e inequívoco[110]. Además, la mayoría en el caso *Daimler* precisó que "*the fact that dispute resolution clauses should be construed neither liberally nor restrictively does not authorize international tribunals to interpret such clauses in a manner which exceeds the consent of the contracting parties as expressed in the text*"[111].

A pesar de que la interpretación *Plama* sobre el consentimiento ha guiado la mayoría de los tribunales contra la aplicación de la cláusula NMF, otros elementos que fueron tomados en consideración merecen ser analizados. Primero, el tribunal *Telenor* se basó en cuatro razones para no extender la jurisdicción del tribunal arbitral en la ausencia de un lenguaje claro que permita establecer la voluntad de las partes: (i) conforme al artículo 31 de la CVDT, en la ausencia de un lenguaje que demuestre lo contrario, la cláusula NMF cubre solamente derechos substanciales relativos a las inversiones; (ii) los Estados están expuestos al riesgo del *treaty shopping*; (iii) una interpretación extensiva crea una situación de inseguridad e inestabilidad; y (iv) es necesario analizar la situación desde el punto de vista de los Estados y buscar si ellos tuvieron la intención de restringir la jurisdicción de los tribunales arbitrales a una área en particular.

108. A. Newcombe y L. Paradell, N. 9, p. 216. Cita de *Amco Asia Corporation c. Indonésie*, decisión de jurisdicción, 25 de septiembre de 1983. ICSID, rep. 377, p. 394.
109. *ICS Inspection*, N. 2, párrs. 281-282.
110. *Impregilo*, N. 1, Opinión disidente de Brigitte Stern, párr. 95.
111. *Daimler*, N. 1, párr. 172.

Dejando de lado la particularidad del razonamiento de la decisión *Telenor*, existen cuatro mecanismos interpretativos que fueron utilizados para rechazar la extensión de la cláusula NMF en caso de ausencia de consentimiento claro e inequívoco. El primero se encuentra en la práctica de los Estados al redactar los TBIs. Varios tribunales que se pronunciaron en contra de la extensión de la cláusula NMF analizaron los TBIs que fueron firmados durante el período de la Unión Soviética, en los cuales el arbitraje se limitaba a cuestiones suscitadas por la expropiación. Por ejemplo, en el caso *Berschader*, el tribunal verificó que la práctica de los tratados de la Unión Soviética revelaba que las cuestiones relativas a la existencia de un acto expropiatorio siempre eran sometidas a los tribunales nacionales[112]. El tribunal consideró que sería difícil establecer que una parte contratante soviética hubiera tenido la intención de extender la aplicación de la cláusula de arbitraje[113].

El segundo mecanismo interpretativo que merece ser recalcado es el que deriva de la aplicación del principio de la contemporaneidad, según el cual el significado y el alcance de un término deben ser determinados teniendo en cuenta el momento en el cual el tratado fue firmado. Los tribunales de los casos *ICS Inspection* y *Daimler* tomaron en consideración las decisiones y las reglas vigentes cuando los TBIs de base fueron firmados y concluyeron que la cláusula NMF no se aplica a los mecanismos de resolución de conflictos[114].

El tercer mecanismo utilizado es el relativo a un elemento textual previsto en algunas cláusulas NMF que limitan su aplicación al trato acordado por el Estado concedente *en su territorio*. Algunos tribunales arbitrales remarcaron que el arbitraje internacional no está conectado al territorio del Estado receptor, contrariamente al caso de los litigios sometidos a los tribunales

112. *Berschader*, N. 2, párr. 204.
113. *Berschader*, N. 2, párrs. 207-208.
114. *ICS Inspection*, N. 2, párrs. 209-206; *Daimler*, párrs. 220-224. Por ejemplo, los tribunales citaron la decisión *Ambatielos*, las *World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment* y los Draft Articles on MFN. En el caso *Daimler*, el árbitro Charles Brower dictó una opinión disidente sobre el tema.

nacionales[115]. Sin embargo, una decisión fue dictada en el sentido contrario. En efecto, el tribunal *Hochtief* estimó que el "trato" dado por el Estado receptor consistía en su acción de no permitir que el inversor sometiera el litigio directamente al arbitraje[116].

El último mecanismo, utilizado en los casos *Plama* y *Telenor*, consistió en que las cláusulas de arbitraje fueron específicamente negociadas por las partes del tratado, razón por la cual su ámbito de aplicación no puede ser extendido[117]. Esta interpretación fue objeto de críticas. Como lo explicó Yas Banifatemi, no existe diferencia, al momento de redactar el tratado, entre el trato justo y equitable, la prohibición de expropiación sin compensación y las cláusulas de resolución de conflictos[118].

Para finalizar el análisis de las decisiones en las que se rechazó la aplicación de la cláusula NMF para importar mecanismos de resolución de litigios, es necesario citar la decisión de la mayoría en el caso *Renta 4*. Los árbitros consideraron que, en principio, un Estado no puede argumentar que ha aceptado que los nacionales de un país determinado puedan recurrir a un "sistema de arbitraje" , y afirmar al mismo tiempo que no ha consentido el acceso al mismo sistema de arbitraje para los nacionales de otro país. Para ellos, "[t]*he extension of commitment is in the very nature of MFN clauses*"[119]. La única razón por la cual los árbitros no han extendido el alcance de la cláusula NMF fue su redacción, que se limitaba a las cuestiones relativas al trato justo y equitable.

115. *ICS Inspection*, N. 2, párrs. 305-309; *Daimler*, párrs. 227-228. En el caso *Daimler*, el árbitro Charles Brower dictó una opinión disidente sobre el tema.
116. *Hochtief*, N. 1, párr. 111.
117. *Plama*, N. 2, párr. 219; *Telenor*, párr. 95.
118. Y. Banifatemi, "The Emerging Jurisprudence on the Most-Favored-Nation Treatment in Investment Arbitration", en A. Bjorklund, I. Laird y S. Ripinski (Eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues III*, BIICL, Londres, 2009, p. 269.
119. *Renta 4*, N. 2, párr. 92.

4. Conclusiones

Una vez identificados los puntos que fueron objeto de interpretaciones divergentes por los tribunales arbitrales, resta interrogarnos sobre las razones de esta heterogeneidad.

Se propuso anteriormente que la división entre las decisiones favorables y desfavorables a la extensión de la cláusula NMF a los mecanismos de resolución de conflictos se debe a la división entre las cuestiones relativas a la admisibilidad y a la competencia[120]. Entre los 25 laudos dictados sobre este tema, en 15 de los casos los inversores solicitaron la aplicación de la cláusula NMF para evitar el periodo previo de sometimiento del litigio a los tribunales del Estado receptor. Entre esos 15 laudos, 11 fueron favorables a la extensión de la cláusula NMF y 4 fueron desfavorables. Al contrario, si analizamos los 10 laudos restantes, en los cuales los inversores intentaron extender la competencia de los árbitros para otras materias o someter el litigio a un reglamento de arbitraje distinto de aquel previsto en el TBI de base, 8 han rechazado la aplicación de la cláusula NMF.

Dicha posición se basa en el principio según el cual la obligación de someter previamente los litigios a los tribunales nacionales es una condición previa al arbitraje y se trata, por consiguiente, de una cuestión de admisibilidad, en contraste a las cuestiones relativas a la competencia. Sin embargo, "[a]*lthough this argument is appealing on its surface, there would not appear to be a principled basis upon which to decide that an MFN clause applies to issues of admissibility but not jurisdiction* "[121]. La diferencia entre la admisibilidad y la competencia es objeto constante de divergencias. Incluso la decisión *Maffezini* calificó el sometimiento del litigio a los tribunales argentinos como una cuestión de competencia y aceptó la aplicación de la cláusula NMF[122].

120. *Most-Favored-Nation Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, New York/Geneva, 2010, pp. 66-67.
121. A. Newcombe y L. Paradell, N. 9, p. 220.
122. *Maffezini*, N. 1, párrs. 35-36.

La explicación dada por Zachary Douglas sobre la divergencia de los tribunales respecto a la aplicación de la cláusula NMF parece ser más razonable. Según este autor, el problema sigue consistiendo en la interpretación de los tribunales arbitrales de los términos específicos de cada TBI y de un error en la aplicación de la regla general de interpretación del artículo 31 de la CVDT[123]. Como lo explica el autor, "*if each case is to be approached as a* sui generis *exercise in treaty interpretation, then the prospects for a coherent international law of investment seems remote*"[124].

La interpretación objetiva del sentido corriente de los términos de un TBI debe depender de su contexto y tomar en cuenta los elementos interpretativos de la CVDT, los cuales forman un todo. Más que limitarse al análisis de cada cláusula NMF, los elementos de las secciones 31.2 y 31.3 de la CVDT cumplen un rol importante, como por ejemplo, el tomar en consideración "*toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes*" [125]. Esta regla impide justamente que las interpretaciones de los términos del TBI sean aisladas y que los tribunales dicten decisiones contradictorias.

Desde esta perspectiva, cabe remarcar una cuestión importante. En muy pocas decisiones se buscó el significado del término "trato" previsto en las cláusulas NMF. Justamente este significado fue el objeto de divergencia entre los enfoques adoptados en las decisiones *ICS Inspection* y *Daimler* y el enfoque de la decisión *Hochtief* [126].

El término "trato" es un elemento clave para que la cláusula NMF pueda producir sus efectos. ¿A qué hace referencia dicho término? ¿A la respuesta negativa del Estado receptor de someter el litigio directamente al arbitraje? ¿A la decisión tomada por el Estado receptor de someter el litigio a un reglamento de arbitraje

123. Z. Douglas, "The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails", en *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, No. 1 (2011), p. 111.
124. Ibíd, p. 99.
125. Regla 31.3(c) de la CVDT.
126. Véase §2.2.

particular o de limitar la competencia de los árbitros para juzgar solamente algunas cuestiones? ¿O a la resolución del conflicto por medio del arbitraje? Dependiendo del concepto adoptado del término "trato" y de su análisis en relación a la exigencia prevista en varias cláusulas NMF en virtud de la cual el trato tiene que ser acordado *en el territorio* del Estado receptor, la problemática de la extensión de la cláusula NMF a los mecanismos de resolución de conflictos puede ser resuelta sin necesidad de realizar un complejo análisis del consentimiento del Estado y de los elementos propios al trato NMF.

3. Sección

Ensayos Libres

Arbitraje en Ecuador: Desarrollo Jurisprudencial y Reformas Legales Recientes

Eduardo Carmigniani, Hugo García Larriva** y Carla Cepeda****

Recibido/Received: 17/08/2016
Aceptado/Accepted: 19/08/2016

PALABRAS CLAVE: homologación de laudos extranjeros, Acción Extraordinaria de Protección, Acción de Nulidad, Código Orgánico General de Procesos, partes no signatarias, Directrices IBA, independencia e imparcialidad.

* Socio de Corral Rosales Carmigniani Pérez|CRCP y Presidente del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje. Abogado por la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. ecarmi@crcp.ec.

** Asociado Senior de Corral Rosales Carmigniani Pérez|CRCP, Profesor y Subdirector de la Maestría en Litigio y Arbitraje Internacional de la Universidad San Francisco de Quito (USFQ). Abogado por la USFQ, Especialista Superior en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar–Sede Ecuador, Magister en Derecho de Empresa por la USFQ y LL.M. en Derecho internacional por la Universidad de Cambridge. hgarcia@crcp.ec.

*** Asociada de Corral Rosales Carmigniani Pérez|CRCP, Profesora adjunta de la USFQ. Abogada por la USFQ. ccepeda@crcp.ec.

E.Carmigniani., C. Cepeda., y H. García, "Arbitraje en Ecuador: Desarrollo Jurisprudencial y Reformas Legales Recientes", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 2015.

KEYWORDS: annulment action, Código Orgánico General de Procesos, extraordinary action of protection, homologation of foreign arbitral awards, IBA guidelines, independence, impartiality, guidelines, non-signatories.

RESUMEN:
El presente trabajo presenta una actualización sobre los recientes cambios legales y jurisprudenciales –positivos y negativos– que se evidencia en el arbitraje ecuatoriano durante los últimos años. Se analizan algunos de los temas más discutidos en esta materia, sobre los cuales no se ha obtenido consenso ni una línea jurisprudencial unificada en el Ecuador. Además, demuestra el avance y el constante estudio que tanto los árbitros como los abogados han realizado sobre la aplicación de teorías complejas del arbitraje con el fin de alcanzar una resolución célere y apegada a la realidad.

ABSTRACT:
This paper presents an investigation about the regulatory and jurisprudential changes –positive and negative– made in Ecuadorian arbitration during recent years. The paper analyzes some of the most controversial topics which have not yet been resolved by the doctrine, nor by Ecuador's inconsistent jurisprudence. In addition, this study explores the latest advancement made by national arbitrators and lawyers in applying important and complex arbitration theories in order to achieve prompt and real resolutions to disputes.

1. Introducción

Es indiscutible el crecimiento y desarrollo que ha tenido el arbitraje durante los últimos años en el Ecuador. En gran medida, esto se debe a que los usuarios de este sistema le han dado una importancia notable a su estudio. No obstante, el panorama aún no es del todo satisfactorio y coherente. El presente estudio se enfocará en los avances que se reportan desde el año 2014 al 2016

en esta materia y analizará varios de los temas que han sido objeto de cambios legislativos, jurisprudenciales y de discusión recurrente en el foro arbitral.

Nos enfocaremos particularmente en: (i) las reformas al sistema de homologación y ejecución de laudos arbitrales internacionales y la reciente jurisprudencia en la materia, (ii) la aplicación de la Acción Extraordinaria de Protección (AEP) contra laudos arbitrales; (iii) las decisiones de la Corte Constitucional del Ecuador sobre la admisibilidad del recurso de casación en contra de sentencias de nulidad de laudos arbitrales, (iii) la aplicación del Código General de Procesos (COGEP) en la acción de nulidad de laudos arbitrales, (iv) aplicación de cláusulas escalonadas en el arbitraje, (v) la inclusión de partes no signatarias en el proceso arbitral y (vi) la recusación de árbitros y la aplicación de las Directrices de la IBA sobre conflictos de intereses en arbitraje internacional (Directrices de la IBA).

2. Homologación y Ejecución de laudos arbitrales

Como se ha mencionado en otra parte[1], con la expedición del COGEP[2] el Ecuador sufrió un gran retroceso en materia de homologación y ejecución de laudos arbitrales proferidos en el extranjero. Antes del COGEP los laudos internacionales se ejecutaban de la misma forma que los laudos nacionales, esto es, prescindiendo de un proceso de homologación previo. Al amparo de las nuevas disposiciones legales, todo laudo internacional, previo a ser ejecutado, debe ser homologado. El nuevo proceso no es claro, simple e impone en el solicitante la carga de probar el efecto de *res iudicata* y de la legalidad y compatibilidad con el ordenamiento jurídico. Tampoco permite la ejecución de laudos anulados en sede ni de laudos parciales que no tengan efecto de *res iudicata*. Todo lo anterior hace que el actual procedimiento de

1. A. Galindo y H. García Larriva, "Relación entre el Código Orgánico General de Procesos y el procedimiento arbitral", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6, 2014, pp. 72-78.
2. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), RO Sup. No. 506, 22/5/2015.

reconocimiento de laudos internacionales sea más gravoso que el requerido por la Convención de Nueva York (CNY) y la Convención de Panamá (CP). Es nuestro criterio que, en función de lo dispuesto por el artículo 425 de la Constitución del Ecuador y el artículo 2 del COGEP, los juzgadores deberían aplicar directamente las disposiciones de los instrumentos internacionales en materia arbitral de los que el Ecuador es parte, descartando aquellas normas del COGEP que podrían contravenir las disposiciones de la CNY y la CP.

La aplicación de las disposiciones sobre requisitos y el proceso de homologación y reconocimiento de laudos arbitrales internacionales apenas tiene un año de vigencia. Por ello, la experiencia y práctica aún es insuficiente para analizar las posibles soluciones a la problemática que envuelve el nuevo procedimiento. No obstante, en un caso reciente, que si bien se trató de la homologación de una sentencia extranjera y no un laudo –que para efectos de este análisis es irrelevante pues el procedimiento normado es el mismo– las cortes ecuatorianas han demostrado un desconocimiento general sobre la aplicación de las normas del ordenamiento nacional y de instrumentos internacionales en esta materia, imponiendo requisitos de admisibilidad adicionales a los que exige la ley en la materia, huelga añadir, con absoluta incoherencia e imprecisión.

El 23 de junio de 2016, la Sala Especializada de lo civil de la Corte Provincial de Justica de Guayas resolvió inadmitir una solicitud de homologación de una sentencia definitiva emitida el 20 de marzo de 2013 por el Juzgado Tercero del Distrito Federal de los Estados Unidos Mexicanos[3]. El razonamiento de la Corte para abstenerse de conocer esta causa fue que, a su criterio para el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos internacionales, es necesario agotar una supuesta fase administrativa prejudicial ante el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana del Ecuador. La Corte consideró que el ministerio es la autoridad competente para determinar la legalidad, constitucionalidad y cumpli-

3. Sala Especializada de lo Civil, Mercantil y Materias Residuales, Juicio Especial 09113201600024, 23/06/2016.

miento de formalidades para que la sentencia extranjera pueda surtir efectos en el Ecuador[4]. Así, la Corte Provincial concluyó que

> para que se realice un exequátur en el Ecuador, es necesario que la autoridad judicial extranjera requirente, a través del canal diplomático (Embajada o Consulado Extranjero en Ecuador) solicite al Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, que la Autoridad Central Competente ejecute la sentencia que ha emitido. Una vez que esta Cartera de Estado ha efectuado la verificación indicada, la traslada a la Sala Especializada en razón de la materia, de la Corte Provincial de Justicia de la jurisdicción del lugar en el que deba ejecutarse la sentencia de conformidad con lo previsto en el numeral 6 del artículo 208 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Esta resolución devela un desconocimiento absoluto de la Corte sobre el sistema de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos internacionales en el Ecuador. Esto debido a que (i) estos procesos son esencialmente judiciales y son de competencia exclusiva de las Salas de la Corte Provincial[5]; (ii) la intervención de una dependencia de la Función Ejecutiva para revisar la legalidad y constitucionalidad de una sentencia o laudo internacional

4. "La fase administrativa prejudicial que realiza la mencionada dependencia [Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana] bajo el Principio de Regularidad Internacional de los fallos, verifica que exista compatibilidad entre la sentencia y la legalización ecuatoriana, es decir, que no sea contraria a la Constitución y las leyes al tenor del artículo 147 de la Constitución, del artículo 2 de la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos de 1979, ratificado por el Ecuador, y del artículo 423 del Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante. Confirmando además que la sentencia venga revestida de formalidades, que están debidamente legalizados y no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público y se adjunten la documentación necesaria para el caso".
5. Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 143: "El conocimiento de las causas para el reconocimiento u homologación de las sentencias extranjeras, corresponderá a la sala de la corte provincial especializada en razón de la materia del distrito del demandado. Una vez ejecutoriada la sentencia que declare el reconocimiento u homologación de la sentencia extranjera, la ejecución de la misma corresponderá a la jueza o el juez de primer nivel del domicilio del demandado, competente en razón de la materia". Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 208 (6): "A las salas de las cortes provinciales les corresponde: 6. Conocer, en única instancia, las causas para el reconocimiento u homologación de las sentencias extranjeras, que, de acuerdo a la materia, corresponderá a la Sala Especializada. En caso de existir dos salas, se establecerá la competencia por sorteo. Una vez ejecutoriada la sentencia que declare el reconocimiento u homologación de la sentencia extranjera, la ejecución de la misma corresponderá al juzgador de primer nivel del domicilio del demandado, competente en razón de la materia". COGEP, Art. 102: "Para el reconocimiento y homologación de sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación con efecto de sentencia en su legislación de origen, expedidos en el extranjero, corresponderá a la sala de la Corte Provincial especializada del domicilio de la o del requerido". RO Sup. No. 544, 09/03/2009.

contraviene una de las reglas básicas de un Estado de Derecho, la cual exige que ninguna autoridad ajena a lo judicial desempeñe funciones de administración de justicia[6]; (iii) la Corte no cita, ni de manera referencial, norma alguna del COGEP, peor aún las normas pertinentes a la homologación de laudos y sentencias extranjeras; (iv) la absurda decisión de la Corte generaría una mayor carga administrativa para la función ejecutiva, con los consiguientes costos para el Estado y demora para los ciudadanos; (v) el procedimiento señalado por la Corte vulneraría el derecho a la debida defensa del ejecutado, pues el supuesto procedimiento de homologación –mal– sugerido por la Corte sería ex parte; (vi) *ex abundante cautela*, aun cuando existiese el supuesto procedimiento de homologación reseñado por la Corte –*quod non*–, los jueces han ignorado expresamente la derogatoria general décimocuarta del COGEP que establece que "otras disposiciones de igual o inferior jerarquía que se opongan a lo dispuesto en la misma"[7]; por último, (vii) las normas citadas por la Corte que supuestamente fundamentan este sui generis –sino absurdo– sistema de homologación, en realidad se refieren al auxilio y cooperación que en materia de actividades jurisdiccionales presta el Estado ecuatoriano a autoridades jurisdiccionales de otros estados cuando estas requieren la práctica de una diligencia judicial en el Ecuador como la declaración de un testigo, por ejemplo. Es claro que la homologación de una sentencia extranjera no es parte de aquella cooperación internacional que un Estado otorga a otro para la práctica de una diligencia judicial. No es un diálogo entre funciones jurisdiccionales de diferentes estados.

En definitiva, la actual normativa y el pronunciamiento de la autoridad competente, sin duda, revelan el escenario gris en el que se encuentra el sistema de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos internacionales en el Ecuador. No solo que se han incluido nuevos requisitos y nuevos procedimientos –desde nuestra perspectiva– más rigurosos y contrarios a la normativa internacional, sino que, además, la autoridad encargada y competente para conocer estas causas tienen un absoluto desconoci-

6. Constitución de la República del Ecuador (CRE), Art. 168 (3). RO No. 449, 20/10/2008.
7. COGEP, Derogatoria General Décimo Cuarta. N. 12.

miento sobre el manejo de estos procesos y evitan la correcta administración de justicia.

3. Aplicación de AEP en contra de laudos arbitrales

La AEP es una suerte de amparo que se puede presentar en contra de resoluciones jurisdiccionales que hayan violado los derechos reconocidos en la Constitución ecuatoriana. Este recurso, en el contexto del arbitraje, ha producido dos incertidumbres: (i) ¿son los laudos arbitrales una de aquellas resoluciones contra las cuales procede la AEP? (ii) de ser el caso, ¿debe necesariamente agotarse la vía de la acción de nulidad previo a interponer una AEP contra un laudo arbitral?

Sobre el primer punto, la AEP, según el artículo 94 de la Constitución ecuatoriana, "procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución". Por su parte, el artículo 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) establece que la AEP "tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos*, resoluciones con fuerza de sentencia,* en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución" (énfasis añadido). Claramente el texto constitucional no menciona la palabra "laudo" en ninguna parte, sin embargo, la LOGJCC añadió que la AEP además procederá contra resoluciones con fuerza de sentencia. Es posible preguntarse si la LOGJCC puede o no añadir un acto sobre el cual se puede interponer la AEP sin que la Constitución lo prevea, pero, presumiendo su validez, lo cierto es que nadie puede dudar que un laudo, al amparo de la legislación ecuatoriana, es una resolución con fuerza de sentencia. Pese a una oposición inicial[8], actual-

8. Véase E. Neira Orellana, "La Constitución de 2009 y el Arbitraje bajo la Ley Ecuatoriana: Análisis de dos problemas que surgen antes que del texto constitucional, de su equivocada aplicación", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 3, 2011, pp. 33-64.

mente no cabe duda que la Corte Constitucional admite AEP's en contra de laudos arbitrales[9].

Ahora, sobre los requisitos de admisibilidad del recurso, el artículo 94 de la Constitución ecuatoriana establece que "[e]l recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado". Por su parte el artículo 61(3) de la LOGJCC establece como requisito de la acción la "[d]emostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean ineficaces o inadecuados o que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado". Estas dos disposiciones configuran la naturaleza residual de la AEP en el sistema ecuatoriano. En un principio la Corte Constitucional mantuvo una línea constante de jurisprudencia requiriendo que, previo a la interposición de la AEP, se debe agotar la acción de nulidad de laudos –en primera y segunda instancia–[10], por lo que no cabía la interposición del recurso directamente contra un laudo arbitral.

Esta posición de la Corte parecía inadecuada pues, como claramente establece la LOGJCC, podrían existir escenarios de vulneración de derechos constitucionales que no estén protegidos por las causales de nulidad de laudos arbitrales, haciendo que el agotamiento de la mencionada acción resulte ineficaz para remediar la violación constitucional. Esa línea constante de jurisprudencia fue modificada con la sentencia en el caso Jorge Helmutt Salazar Velez v. Richard Romero y otra[11], donde la Corte hace una

9. Véase Corte Constitucional del Ecuador, Sala de Admisiones, *Quasar Naútica Expeditions S.A. c. Oceanadventures S.A. y otros*, Caso No. 0543-14-EP, 24/06/2014; Corte Constitucional del Ecuador, Juez Ponente Nina Pacari Vega, *EMVIAL E.P. c. Fernando Castro León*, Caso No. 169-12-SEP-CC, Sentencia 1568-10-EP; Corte Constitucional del Ecuador, Juez Ponente Patricio Pazmiño, *Jorge Helmutt Salazar Velez v. Richard Romero y otra*, Caso No. 1542-11-SEP-CC, Sentencia 123-12-EP.

10. Corte Constitucional del Ecuador, Sala de Admisiones, *Miguel Angel Valdivieso c. CONTASIS S.A.*, Caso No. 1362-13-EP, 18/01/2014; Corte Constitucional del Ecuador, Sala de Admisiones, *MEGADATOS Ltda. c. Corporación Ecuatoriana de Información y Cultura ECUACULTURA*, Caso No. 1585-10-EP, 21/03/2011; Corte Constitucional del Ecuador, Sala de Admisiones, *Ávila Chiriboga y otra v. HERSHCORP S.A.*, Caso No. 1275-13-EP, 30/01/2014.

distinción entre los escenarios de (i) vulneración de derechos constitucionales dentro del proceso arbitral, y, (ii) vulneración de derechos constitucionales dentro de la acción de nulidad. La Corte concluye que en ambos casos es procedente el control constitucional a través de la AEP. En el caso de vulneración de derechos constitucionales dentro del proceso arbitral, la Corte reafirmó también la naturaleza "residual" de la AEP frente a la acción de nulidad de laudo, estableciendo que ésta debe agotarse únicamente cuando sea propicio para la tutela de los derechos constitucionales presuntamente violados. Por último, la Corte aclara que la AEP no es un medio para conocer errores *in-procedendo* ni *in-judicando* del proceso arbitral ni de la acción de nulidad, por lo tanto, no es un recurso de alzada. Su objetivo, afirma la Corte, es conocer violaciones constitucionales en dichos procesos. Esta decisión fue ratificada por una reciente resolución de la Corte Constitucional en el caso Quasar Nautica Expeditions S.A. v. Oceanadventures S.A.[12].

4. Recurso de Casación en contra de las sentencias de nulidad de laudos arbitrales

Si ha existido un área en materia de arbitraje donde se ha tenido inseguridad es en la forma en la cual debe tramitarse la acción de nulidad en el Ecuador. Durante mucho tiempo, ante el silencio de la ley, se discutió si el procedimiento era el del juicio ordinario, o si el plazo para decidir la causa establecido en la ley conllevaba la creación de un procedimiento especial. Este conflicto concluyó con un pronunciamiento de la Corte Constitucional rechazando la aplicación del procedimiento ordinario[13].

---

11. Corte Constitucional del Ecuador, Juez Ponente Patricio Pazmiño, *Jorge Helmutt Salazar Velez v. Richard Romero y otra*, Caso No. 1542-11-SEP-CC, Sentencia 123-12-EP.
12. Corte Constitucional, Juez Ponente Wendy Molina Andrade, Sentencia No. 113-15-SEP-CC, 08/04/2015, Caso No. 0543-14-EP.
13. Corte Constitucional, Juez Ponente Hernando Morales Vinueza, Resolución No. 0008-2008-DI, Caso No. 0008-2008-DI.

Posteriormente, con la derogación de la Ley Orgánica de la Función Judicial y la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial, existió un vació sobre si existía o no apelación de la decisión del Presidente de la Corte hacia una de las Salas Especializadas de la Corte en materia Civil –pues se derogó la norma que atribuía a estas salas esa competencia–. Aunque queda pendiente la resolución de un recurso constitucional en esta materia[14] y de que existe un pronunciamiento de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador sosteniendo que la acción de nulidad de laudos es un proceso de conocimiento de única instancia[15], la práctica jurisprudencial se ha decantado por aceptar los recursos de apelación de las decisiones sobre nulidad de laudos arbitrales emitidos por el Presidente de la Corte Provincial.

El siguiente problema que se debía sortear era si cabía o no interponer Recurso de Casación sobre la decisión de nulidad de las Salas Especializadas de las Cortes Provinciales. Una línea de jurisprudencia sostenía que era improcedente porque consideraba que la acción de nulidad de laudos arbitrales no es un proceso de conocimiento[16], y otra sostenía exactamente lo opuesto, es decir, que la acción de nulidad de laudo es un proceso de conocimiento y por lo tanto sí es procedente el recurso de casación[17].

14. Corte Constitucional del Ecuador, Sala de Admisiones, *Quasar Naútica Expeditions S.A. c. Oceanadventures S.A. y otros*, Caso No. 0543-14-EP, resolución 24/06/2014.
15. Corte Nacional de Justicia, Sala de Conjueces Permanentes de lo Civil, Mercantil y Familia, Juez Ponente Dana Abad Arévalo, *Asociación Ecuatoriana de Ecoturismo ASEC c. Ministerio de Turismo*, Resolución, 02/03/2010.
16. Corte Suprema de Justicia (ahora Corte Nacional de Justicia), Sala de lo Civil y Mercantil, Colonial *Compañía de Seguros y Reajustes S.A. c. La Ganga Rca. Cía. Ltda.*, Sentencia, 10/10/2001, Gaceta Judicial 7, 10/10/2001, Serie 17; Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, *Autoridad Portuaria de Guayaquil c. Andipuerto Guayaquil S.A.*, 02/10/2003, Expediente de Casación 207, RO No. 259, 26/01/2004; Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, *Dineagro Corporación Agroindustrial S.A. c. GRUPEXPORT Compañía de Comercio Cía.* Ltda., 30/10/2006, Expediente de Casación 378, RO. Sup. 14, 01/02/2008; Corte Nacional de Justicia, Sala de Conjueces de lo Civil y Mercantil, Juez Ponente Guillermo Narváez Pazos, *Compañía de Seguros Ecuatoriano Suiza S.A. c. Compañía ASESORESSA Agencia Asesora Productora de Seguros S.A.*, Juicio No. 687-2012, 04/12/2012; Corte Nacional de Justicia, Sala de Conjueces de lo Contencioso Administrativo, Juez Ponente Oscar Enríquez Villarreal, *INMODIURSA S.A. c. Compañía Alfredo Ribadeneira Arquitectos Cía. Ltda.*, Juicio 173.2012, 13/05/2013.
17. Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, *LATIN AMERICA TELECOM Inc. c. PACIFICTEL S.A.*, 11/06/2007, Expediente de Casación 242, RO. Sup. No. 542, 06/03/2009; Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, *IMPOCOMJAHER Cía. Ltda.*, Resolución No. 10-2009, 05/02/2009; Corte Nacional de Justicia, Juez Ponente Carlos Ramírez Romero, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, *Trasinvest S.A. c. BMI Financial Group Inc.*, 18/01/2010.

Finalmente, parecía que la Corte Constitucional intentó aclarar este dilema en sus últimos pronunciamientos. En el caso "Ministerio de Transporte y Obras Públicas/Procuraduría General del Estado v. Fiduciaria Ecuador Fiduecuador, administradora de fondos y fideicomisos, antes compañía Stanford Trust Company, Administradora de Fondos y Fideicomisos S. A."[18], la Corte Constitucional declaró que es procedente el recurso de casación sobre la sentencia que resuelve la acción de nulidad de laudos arbitrales, pues, a criterio de la Corte, inadmitir este recurso devendría en una vulneración al debido proceso y al derecho de defensa. Este razonamiento fue reiterado el 16 de septiembre de 2015, en el caso Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento de Quito v. Consorcio BIGDIG S.A. y Asociados[19]. Sin embargo, en un pronunciamiento posterior, la Corte destruyó esta aparente armonía y sostuvo una tesis opuesta. En efecto, el 13 de enero de 2016, en el caso Conecel S.A. v. Logistic Network Sevicios de Carga S.A., la Corte Constitucional manifestó que la inadmisión del recurso de casación sobre la sentencia que decide la nulidad de un laudo arbitral no implica una vulneración al debido proceso ni a derecho constitucional alguno[20].

Es indudable que la Corte ha vuelto a crear una incertidumbre respecto a los recursos que pueden plantearse en un proceso de nulidad de laudo arbitral, lo cual conlleva a una clara afectación a fin de plantear la Acción Extraordinaria de Protección[21] (AEP). No obstante, como se explicará en la siguiente sección, se espera que el COGEP, de manera complementaria, traiga luces a esta problemática.

18. Corte Constitucional, Sentencia No. 124-15-SEP-CC de 22/04/2015, Caso No. 1279-11-EP y 1280-11-EP Acumulados.
19. Corte Constitucional, Sentencia No. 301-15-SEP-CC de (16/09/2015).
20. Corte Constitucional, Sentencia No. 018-16-SEP-CC de (13/01/2016).
21. La AEP es un recurso tendiente a la protección de derechos constitucionales vulnerados en resoluciones finales de naturaleza jurisdiccional. La AEP puede ser considerada como un recurso equivalente a las acciones de amparo que existen en la región.

5. Aplicación del COGEP en el proceso de nulidad de laudos arbitrales

Con la entrada en vigencia del COGEP, se han regulado ciertos procedimientos complementarios al arbitraje, como el reconocimiento de laudos extranjeros; la solicitud de medidas preventivas y la ejecución de laudos arbitrales. Sin embargo, la normativa adjetiva que continúa regulando de manera exclusiva el proceso de nulidad de un laudo arbitral es la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM)[22]. No obstante, al ser el proceso de nulidad un proceso que se tramita en justicia ordinaria, surge el cuestionamiento respecto a la aplicación subsidiaria del COGEP a las disposiciones de la LAM en esta materia.

Desde nuestra perspectiva, este cuestionamiento es intrascendente, pues el artículo 31 de la LAM sigue vigente, por al menos, las siguientes razones:

(i) El COGEP no prevé la posibilidad de anular un laudo arbitral. El artículo 112, referente a la nulidad de sentencias, prescribe: "las nulidades comprendidas en este artículo podrán demandarse ante la o el juzgador de primera instancia de la misma materia de aquel que dictó la sentencia, mientras esta no haya sido ejecutada". Es claro, que esta disposición se refiere exclusivamente a la nulidad de sentencias judiciales y de ninguna manera puede extenderse a la acción de nulidad de laudos. Esto, debido a que en arbitraje no existen instancias y tampoco se prevén otros juzgadores de la misma materia para resolver la petición de nulidad. El laudo arbitral se emite por un tribunal específicamente conformado para conocer la disputa y esta decisión es definitiva. En consecuencia, es evidente que las disposiciones del COGEP respecto a la anulación de sentencias no son aplicables a la acción de nulidad de laudos arbitrales.

22. Ley de Arbitraje y Medicación (LAM), RO No. 417, 14/12/2006.

(ii) El artículo 31 de la LAM contiene normas esenciales que regulan el ejercicio de la acción de nulidad sin las cuales sería imposible ejercer este derecho –*verbi gratia*–, la determinación de las causales de nulidad y el término en el cual debe presentarse la acción. Estas disposiciones no han sido derogadas ni expresa ni tácitamente por el COGEP por lo que el artículo 31 de la LAM continúa siendo la norma principal que regula esta materia.

(iii) La competencia de los Presidentes de las Cortes Provinciales para conocer la acción de nulidad de laudos arbitrales se encuentra prevista en el artículo 31 de la LAM y es la única autoridad competente para conocer este procedimiento. De acuerdo al artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, "la jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley". El COGEP no regula de manera expresa –ni por referencia– quién tendrá competencia para conocer la acción de nulidad de un laudo arbitral, por lo que es indudable que el artículo 31 de la LAM continúa vigente. Esta es la única norma que otorga, de manera expresa, competencia a una autoridad judicial para conocer la acción de nulidad y sustanciar su proceso.

En definitiva, el COGEP ha regulado algunas materias complementarias al proceso arbitral. Sin embargo, entre estas, no se encuentra el proceso de nulidad de laudos arbitrales. Este cuerpo normativo no prescribe el procedimiento específico, ni los elementos esenciales para plantear una acción de nulidad en contra de un laudo arbitral. Por lo tanto, las disposiciones del artículo 31 de la LAM en cuanto a las causales de nulidad de un laudo, los términos para iniciar la acción y la competencia de la autoridad que conoce este proceso continúan vigentes, a pesar de la promulgación del COGEP. No obstante, desde nuestra perspectiva, este último podría regular de forma complementaria al proceso de nulidad. A continuación, expondremos algunos de los puntos en los que cabe cuestionarse la aplicación de este cuerpo normativo y la forma en que estos deben ser ejecutados.

(i) *Trámite aplicable:* El artículo 289 del COGEP prescribe que "se tramitará por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación". Como se expuso en la sección anterior, el COGEP no regula un procedimiento especial para iniciar la acción de nulidad de un laudo arbitral, luego cabría cuestionarse si es aplicable el procedimiento ordinario. La respuesta debe ser un rotundo no. No es aplicable el proceso ordinario, debido a que la LAM sí prevé un trámite especial, el cual continúa vigente. Como se expuso, la Corte Constitucional ha manifestado, respecto al proceso de nulidad de laudos arbitrales que:

> La ley de la materia ha previsto un procedimiento para el caso de cuestionar la validez del laudo arbitral y como puede observarse, el trámite de nulidad establecido es ágil, siendo únicamente este trámite el que debe ser observado en estas casusas, como en efecto ha aplicado el Presidente de la Corte Superior […] sin que para estas pueda aplicarse el artículo 59 del CPC [sobre el juicio ordinario][23].

(ii) *Acumulación de Procesos:* El artículo 16 del COGEP prevé la posibilidad de acumular causas a petición de parte o de oficio en circunstancias específicas. Esta disposición es aplicable al proceso de nulidad del laudo, dado que es posible que más de una parte se encuentre interesada o pretenda anular un laudo arbitral. Si dos o más procesos de nulidad en contra de un laudo se llevan de forma separada, es posible que uno de ellos se resuelva primero y cause la excepción de cosa juzgada en el resto de procesos de nulidad por lo que resulta conveniente su acumulación.

(iii) *Excusa y Recusación:* El artículo 22 del COGEP prescribe las causas por las cuales un juez puede excusarse o puede ser recusado por las partes. Estas causales y su procedimiento de recusación son aplicables al proceso de nulidad del laudo arbitral.

23. Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, RO Sup. No. 605, 04/06/2009.

(iv) *Sujetos Procesales:* Las reglas de legitimación activa y pasiva previstas en el capítulo I del Título III del COGEP son aplicables a los procesos de nulidad del laudo arbitral. Adicionalmente, dentro de este proceso es posible verificar la formación de *litis* consorcio tanto activo como pasivo en los casos en que más de una parte se encuentre interesada en anular el laudo o en defender su validez. Cabe adelantar que, en este caso, los árbitros no son, bajo ninguna circunstancia, sujetos procesales de la acción de nulidad de laudo arbitral, sino las partes.

(v) *Audiencias:* Una de las características y objetivos fundamentales del COGEP es fortalecer el principio de oralidad procesal. Dado que no existe normativa que regule la realización de audiencias o la actuación de las partes dentro del proceso de nulidad, es posible implementar esta innovación del COGEP al proceso de nulidad. Además, el artículo 93 del COGEP prescribe que "(a)l finalizar la audiencia la o el juzgador pronunciará su decisión en forma oral". Por lo que es posible concluir que, al menos, al momento de emitir una decisión final, el juez deberá convocar a una audiencia oral.

(vi) *Nulidad Procesal:* Los capítulos VIII y IX del COGEP regulan la posibilidad de anular un proceso judicial y la sentencia que deriva de éste. Dado que la acción de nulidad se tramita en vía judicial, le son aplicables las reglas generales y disposiciones sobre la validez del procedimiento y su resolución final.

(vii) *Diligencias Preparatorias:* El artículo 120 del COGEP prescribe que se podrán practicar diligencias preparatorias antes de iniciar un proceso para alcanzar dos objetivos: (i) determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes en el futuro proceso. (ii) para anticipar la práctica de prueba urgente que pudiere perderse. Ninguno de estos presupuestos es aplicable al proceso de nulidad de un laudo arbitral, pues se tiene plena certeza sobre las partes legitimadas a intervenir en el proceso desde el inicio y debido a que, al resolverse a través de recaudos pro-

cesales, la práctica de la prueba es mínima por lo que no cumple el requisito de práctica urgente de la prueba.

(viii) *Actos de proposición:* El Título I del Libro III del COGEP regula los actos de inicio del proceso. Así, prescribe los requisitos para presentar la demanda, contestación, calificación, entre otros. Estos actos son comunes a todos los procesos y por ello deben aplicarse también al proceso de nulidad de laudos arbitrales.

(ix) *Actuación de la prueba:* El Título II del Libro III del COGEP regula los actos probatorios, tipos de prueba y su presentación. Como se adelantó, el proceso de nulidad de laudos arbitrales se juzga a partir de recaudos procesales por lo que la práctica de la prueba resulta mínima. No obstante, en caso de que una causal de nulidad requiera demostración específica, más allá de los documentos oficiales del proceso, ésta deberá realizarse de acuerdo a las disposiciones del COGEP, puesto que es el único cuerpo normativo que regula la materia.

(x) *Conclusión extraordinaria del proceso:* El Título III del Libro III del COGEP prescribe la posibilidad de terminar un proceso de forma extrajudicial. En nuestra opinión, dentro del proceso de nulidad del laudo, son aplicables tanto los mecanismos de terminación bilaterales, como la conciliación y la transacción, así como los mecanismos unilaterales de terminación, como el allanamiento, desistimiento y abandono de la causa.

(xi) *Impugnación de la sentencia:* El Título IV del Libro III del COGEP regula los mecanismos que tienen las partes para impugnar las decisiones adoptadas por el juez competente. Respecto a la posibilidad de impugnar la sentencia sobre nulidad de un laudo arbitral cabe hacer algunas precisiones.

i) El artículo 250 del COGEP prescribe que "(l)a aclaración, ampliación, revocatoria y reforma serán admisibles en todos los casos, con las limitaciones que sobre la impugnación de sentencias y autos prevé esta ley". De esta disposición, es evidente que el COGEP permite la aplicación

de recursos horizontales de forma general, salvo que exista una disposición específica en contrario. Dado que el proceso de nulidad de un laudo arbitral no prevé una prohibición en este sentido, es posible concluir que los recursos horizontales son aplicables a esta decisión.

ii) Sin embargo, esta regla cambia en cuanto a los mecanismos verticales de impugnación. El mismo artículo 250 del COGEP prescribe que *"Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad"* (énfasis añadido). Esta disposición deja claro, que, en cuanto a la aplicación de recursos verticales, el COGEP es más conservador y requiere de una normativa expresa para admitir su solicitud. Ahora bien, el artículo 250 se refiere a la aplicación de recursos verticales sobre providencias, por lo que es importante aclarar qué actos constituyen providencias. Dentro del capítulo VI del Libro II del COGEP, denominado "Providencias Judiciales", el artículo 88 prevé que "[l]as o los juzgadores se pronuncian y deciden a través de sentencias y autos". Por ello, es posible concluir que los autos y las sentencias son tipos de providencias a la luz del COGEP. Consecuentemente, la ley debe regular expresamente la posibilidad de impugnar verticalmente una decisión judicial emitida a través de autos y sentencias, caso contrario no puede presumirse la aplicación de un recurso vertical.

(1) *Recurso de Apelación:* El artículo 256 del COGEP prescribe que "[e]l recurso de apelación procede contra las sentencias y autos interlocutorios dentro de primera instancia, así como contra las providencias con respecto a las cuales la ley conceda expresamente este recurso". En nuestra opinión, esta norma podría aplicarse a las sentencias que emiten los Presidentes de las cortes provinciales sobre nulidad de laudos arbitrales, ya que, al disponer, en términos generales, que este recurso "procede contra las sentencias",

incluye también las decisiones adoptadas por el Presidente de la Corte Provincial.

(2) *Recurso de casación:* El artículo 266 del COGEP prescribe que "[e]l recurso de casación procederá contra sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia […]". El proceso de nulidad del laudo arbitral es un proceso de conocimiento, pues dentro de éste se resuelve sobre la existencia de derechos y obligaciones por una presunta violación a solemnidades sustanciales del proceso arbitral. Por lo tanto, este recurso es aplicable al proceso de nulidad, una vez que se haya conocido en apelación, pues en este momento se pondrá fin al proceso de conocimiento.

(3) *Recurso de Hecho:* el artículo 278 del COGEP regula que "[e]l recurso de hecho procede contra las providencias que niegan un recurso de apelación o de casación […]". De esta disposición es claro que este recurso será aplicable mientras se permita presentar los recursos verticales mencionados. Por las consideraciones que se han expuesto en esta sección, el recurso de hecho también será aplicable en los procesos de nulidad de laudo arbitral cuando el recurso de apelación o de casación fuese negados en la instancia respectiva.

6. Aplicación de cláusulas escalonadas en arbitraje

Las cláusulas escalonadas tienen por objeto conservar la relación comercial de las partes a largo plazo, prefiriendo así los mecanismos autocompositivos de resolución de conflictos a los heterocompositivos. En este sentido, una cláusula escalonada prevé que, previo al inicio de un arbitraje se agote, por ejemplo, una instancia de mediación. Ahora, en los casos anteriores, donde las partes han pactado un mecanismo previo al arbitraje, ¿qué su-

cede si se ha iniciado un proceso arbitral sin acudir a estas instancias previas?, ¿cuál es la decisión que deben adoptar los árbitros frente a este incumplimiento? Recientes pronunciamientos en el Ecuador demuestran una tendencia a cuestionar la relevancia de agotar los mecanismos previos acordados cuando es clara su futilidad.

El 28 de noviembre de 2015, en el caso Sipetrol v. Enap Sipetrol[24], el Tribunal Arbitral sostuvo:

> La cláusula de procedibilidad mencionada suele utilizarse con alguna frecuencia en los contratos para que las partes de den a sí misma la oportunidad de enmendar posibles incumplimientos y satisfacer el interés de la contraria sin recurrir al procedimiento arbitral. No cabe duda de que constituye un pacto vinculante que se suma al restante elenco de las obligaciones contractuales. Entendido así la naturaleza jurídica preventiva y el propósito amigable de esta cláusula, solamente tiene sentido en el caso de que efectivamente pueda cumplir su prevista función preprocesal, es decir, la posibilidad de que la parte a quien se imputa un incumplimiento contractual pueda contradecir esa imputación o allanarse a ella, y, de ser el caso, rectificar su conducta para evitar el enjuiciamiento. De otra manera no puede entenderse lógicamente la intención de los estipulantes, que el juzgador está en el deber de indagar de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1576 del Código Civil. Por consiguiente si se ha iniciado un juicio arbitral que dicha cláusula pretendía evitar, ella ya no puede cumplir su propósito preventivo y se frustra la finalidad que tuvieron en vista las partes, porque no es razonable exigir que se cumpla un requisito pensado para evitar un proceso cuando esta ya ha sido iniciado, interpretación que se ajusta a la regla del artículo 1579 del Código Civil, porque a juicio del Tribunal Arbitral es la que mejor cuadra con la naturaleza de la estipulación que se comenta[25].

24. Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana, Caso No. 05-13, Laudo 28/11/2014, Árbitros Fabián Jaramillo Terán (presidente), Luis Parraguez Ruiz y Vladimir Villalba Paredes (co-árbitros).
25. Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana, Caso No. 05-13, Laudo 28/11/2014, Árbitros Fabián Jaramillo Terán (presidente), Luis Parraguez Ruiz y Vladimir Villalba Paredes (co-árbitros), párr. 17.

Es importante mencionar que dicho razonamiento del Tribunal Arbitral fue ratificado por la Corte Provincial de Pichincha cuando resolvió rechazar la acción de nulidad propuesta en contra del laudo[26]. En dicha sentencia la Corte resolvió (i) que los árbitros tienen competencia exclusiva para resolver su propia competencia no pudiendo ser revisada vía acción de nulidad, sin desmedro de lo cual, (ii) la Corte concordó con el Tribunal Arbitral en su razonamiento y (iii) decidió que la falta de agotamiento de una fase previa al arbitraje no constituye una causal de nulidad bajo el artículo 31 de la LAM.

Así mismo, el 18 de noviembre de 2015, en el caso Autoridad Portuaria de Manta (APM) v. Terminales Internacionales de Ecuador S.A. (TIDE), Hutchison Port Investments Ltda (HPI) y Hutchinson Port Holdings Limited (HPH)[27], el Tribunal Arbitral desechó la solicitud de inadmitir la demanda arbitral por haberse supuestamente incumplido un requisito previo al arbitraje con respecto de dos demandados. En este caso, el razonamiento del Tribunal fue el siguiente:

> [E]l Tribunal observa que lo actuado en las instancias posteriores no significó un límite para el pleno ejercicio de los derechos posteriores a las Demandadas 2 y 3 en este arbitraje (El Tribunal observa en este sentido que tanto las Discusiones Directas como la Mediación se limitaron a los temas en disputas fijados inicialmente con la intervención del Sr. Medranda, no habiéndose arribado a ningún acuerdo que limitara los términos de la disputa posteriormente sometida a arbitraje). Esa circunstancia sumada a la posición de fondo asumida por las Demandadas 2 y 3 en el proceso (rechazando la Demanda en todos sus términos) conducen a considerar al planteo fundado en esta causa [inadmisibilidad de la demanda por falta de agotamiento de instancias previas] como un mero rigorismo formal, en esas condiciones no puede ser acogido por el Tribunal[28].

26. Corte Provincial de Pichincha, *Sipetrol SA v. Enap Sipetrol S.A*., Juicio No. 171002015001, Sentencia de 13/01/2016.
27. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Caso No. 091-13, Laudo de 18/11/2015, Árbitros Guido Santiago Tawil (presidente), Roque Caivano y Juan Pablo Cárdenas (coárbitros).

Estos pronunciamientos indican que, si bien se reconoce que las partes han pactado cláusulas escalonadas, la omisión de los mecanismos previos acordados no implica *per se* que el Tribunal Arbitral se abstendrá de conocer la controversia. Para determinar si el incumplimiento del acuerdo es relevante para el inicio del arbitraje, se tendrá que analizar las circunstancias específicas del caso y considerar si es que exigir este requisito previo cumpliría su verdadero objeto o si simplemente sería una medida dilatoria del proceso arbitral.

7. Extensión de los efectos del convenio arbitral a partes no signatarias

En principio, las partes de un convenio arbitral son los sujetos que lo celebraron. No obstante, existen situaciones en las que concluir esto no responde a la realidad. Por este motivo, se han desarrollado distintas teorías que permiten extender los efectos del convenio arbitral a partes no signatarias a fin de identificar quiénes forman parte del centro de interés de dicho convenio, no solo por prestar su consentimiento expreso, sino, por actos conducentes que permitan determinar su vinculación[29].

Lejos de ser una fenomenología ajena a nuestra realidad, el foro ecuatoriano se ha visto en la necesidad de enfrentar estos dilemas. En esta sección procuramos exponer algunos de los casos que han discutido la posibilidad de extender los efectos del convenio arbitral a partes no signatarias y además pretendemos actualizar el análisis sobre esta práctica en el Ecuador[30].

28. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Caso No. 091-13, laudo de 18/11/2015, Árbitros Guido Santiago Tawil (presidente), Roque Caivano y Juan Pablo Cárdenas (coárbitros), párr. 210.
29. Para mayores referencias ver H, García Larriva, “Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica”, *Iuris Dictio*. Año 13, Vol. 15, Universidad San Francisco de Quito, enero-junio, 2013.
30. En esta sección actualiza el contenido y casuística del acápite 8, Extensión del Convenio Arbitral a partes no signatarias: práctica ecuatoriana, del artículo, García Larriva, “Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica”, *Iuris Dictio*. Año 13, Vol. 15, Universidad San Francisco de Quito, enero-junio, 2013.

En el caso 012-2013 CAM CCQ[31], el Tribunal se refirió de manera directa a la teoría de partes no signatarias en su análisis. El caso concierne a un contrato de distribución suscrito por la Compañía W y el Señor "X" en calidad de proveedores, y por el otro lado, el Señor "Y" en calidad de distribuidor. En un procedimiento arbitral anterior "Y" demandó a la Compañía W y a "X" por un aducido incumplimiento contractual. En este procedimiento arbitral, el Tribunal desechó la demanda por falta de legítimo contradictor, pues, a juicio de los árbitros, durante la ejecución del contrato, "Y" había cedido de manera tácita sus derechos contractuales a la Compañía Z. El segundo procedimiento arbitral –que corresponde a la resolución de partes no signatarias– se inició por una nueva demanda sobre el mismo contrato, esta vez planteada por la Compañía Z en contra de la Compañía W y el Señor "X". Los demandados, al contestar la demanda, plantearon la excepción de que el actor carecía de facultad o derecho para demandar, pues no era signatario del convenio arbitral. Al analizar su competencia el Tribunal consideró que, de igual manera que en el caso de sucesión por causa de muerte donde el heredero asume la misma posición del causante en los contratos celebrados por éste, el cesionario de los derechos en un contrato, sucede al cedente en los derechos que le han sido cedidos. En palabras del tribunal, "al haber cedido el Señor "Y" los derechos derivados del contrato…, la compañía cesionaria se halla ligada por la cláusula de arbitraje, la cual es obligatoria para los demandados", y añade, que para que exista renuncia a dicha cláusula "hubiera sido necesario que ambas partes, Compañía Z y los dos demandados, se hubieran pronunciado en tal sentido, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación". El tribunal llega a la conclusión de que la excepción de falta de derecho o facultad para demandar del actor propuesta por los demandados carece de sustento. Al respecto el tribunal se pronuncia de la siguiente forma

31. Centro de Arbitraje y Mediación Cámara de Comercio de Quito, Caso 012-2013, Acta de Audiencia de Sustanciación. Árbitros Alejandro Ponce Martínez (presidente), Alfredo Corral Borrero y Jorge Paz Durini (co-árbitros).

> [s]u calidad de cesionaria [Compañía Z] de los derechos por parte del Señor "Y" reconocida en laudo ejecutoriado, le faculta a hacerlo, puesto que, en cuanto a la sumisión al arbitraje, tal compañía tomó la misma posición que el cedente. Tal calidad de cesionaria de los derechos derivados del contrato no puede ser discutida por los demandados, con respecto a la aplicación del convenio de arbitraje, en virtud de la autonomía de dicha cláusula, por cuanto, como se ha expresado no ha existido renuncia válidamente expresada de la cláusula de arbitraje.

Para el tribunal el consentimiento de las partes en arbitrar se verifica de manera inequívoca en los siguientes momentos: (i) al haber los demandados consentido en la cláusula arbitral contenida en el contrato de distribución, (ii) al haber sido la Compañía Z declarada en laudo ejecutoriado como legítima cesionaria de los derechos de "Y", y, (iii) al haber la Compañía Z ratificado su voluntad al suscribir la demanda e iniciar el arbitraje. Por último, el Tribunal recalca que el consentimiento para arbitrar solo puede ser revocado mediante una renuncia expresa y válida de todas las partes. Los árbitros, de esta forma, afirman y apuntalan el principio de inevitabilidad del arbitraje.

Otro caso interesante es el 036-08 del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil[32]. El caso gira en torno a un contrato de fideicomiso cuyo objeto era solventar la deuda que por liquidez había adquirido el Banco Amazonas S.A. con el Banco Central del Ecuador. El fideicomiso debía dar, en calidad de pago al Banco Central del Ecuador, el fruto de la venta de los inmuebles aportados por los constituyentes (el Banco Amazonas S.A. y otras compañías, que a su vez eran beneficiarios del fideicomiso). Luego de una cesión de derechos el Banco Amazonas S.A. se constituyó en el único beneficiario del fideicomiso. Posteriormente, el señor Simón Parra Gil, mediante carta dirigida al Banco Central del Ecuador, se obligó –con todo su patrimonio– a readquirir los bienes constantes en el patrimonio del fideicomiso y a garantizar los intereses del Banco Central del Ecuador

32. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil *Fideicomiso Mercantil BASA v. Banco Amazonas SA y el señor Parra Gil*, Laudo Final de 12/01/2012, Árbitros Rubén Morán Sarmiento (presidente), Ana María Larrea y Roberto Gómez-Lince (co-árbitros).

dentro del mismo. Luego de un poco más de un año de constituido el fideicomiso, éste se reforma y se incluye la obligación del Banco Amazonas S.A. de sustituir los bienes aportados con unos nuevos de igual o mayor valor, a la sola solicitud del Banco Central del Ecuador. Posteriormente, el Banco Amazonas S.A. cede al Banco Central sus derechos fiduciarios y la calidad de beneficiario dentro del fideicomiso mercantil. Después de algunos incumplimientos contractuales con relación a la obligación de sustitución de bienes dentro del fideicomiso, la fiduciaria, en su calidad de representante legal del Fideicomiso Mercantil BASA, decide iniciar un arbitraje en contra del Banco Amazonas S.A. y el señor Simón Parra Gil. Este último, al contestar la demanda, opone la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral, pues él no ha sido parte de ninguno de los contratos, ni ha suscrito cláusula arbitral alguna con relación a ellos.

El contrato de fideicomiso, así como todos los contratos sucesivos, incluyendo el de cesión de derechos fiduciarios y calidad de beneficiario, contenían convenios arbitrales que vinculaban al Banco Amazonas SA con el Fideicomiso Mercantil BASA. Sin embargo, el señor Simón Parra Gil, no fue suscriptor de ninguno de ellos. El Tribunal arbitral desestimó la excepción de incompetencia y consideró que era competente para conocer la demanda en contra del señor Simón Parra Gil bajo el fundamento de que

> garantizar personal y solidariamente una obligación específica, constante en un contrato que contenía una cláusula de solución de conflictos mediante vía arbitral, cuyo texto debió conocer y aceptar, lo sujeta a dicha vía arbitral, puesto que el presupuesto de ejecución de dicha obligación excluyó la jurisdicción ordinaria, y, precisamente con sujeción a tales términos y condiciones, se vinculó como garante solidario de la referida obligación, lo que implica su adhesión tácita al convenio arbitral que rige la obligación asumida, por el principio de "favor arbitralis"…[33]

33. Un punto interesante en este caso es el hecho que el señor S. Parra Gil inició un juicio de competencia en contra de los árbitros en la presente causa. La Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial del Guayas rechazó la acción y confirmó la competencia de los árbitros. Causa 09112-2010-0674 - (2010-11-09).

En otros pronunciamientos recientes, es fundamental destacar el caso Sipetrol S.A v. Enap Sipetrol S.A.[34]. En este caso, las partes celebraron un acuerdo transaccional mediante el cual Sipetrol S.A. se comprometió a no utilizar la denominación "Sipetrol" fuera del Ecuador. Enap Sipetrol S.A., dentro de un proceso arbitral, reconvino a Sipetrol S.A., pues descubrió que los accionistas de esta última constituyeron una compañía en Panamá utilizando la denominación "Sipetrol". El Tribunal arbitral decidió extender los efectos de los actos de los accionistas sobre la adquisición de una compañía panameña y concluyó que la compañía Sipetrol S.A. había incumplido el acuerdo transaccional. Respecto a la extensión de los efectos y la extralimitación de la personalidad societaria. En este caso, el Tribunal Arbitral sostuvo:

> aunque se reconoce el principio res inter alios acta de los contratos, el tribunal considera que en ciertas circunstancias excepcionales, hay que calibrar sus efectos frente a terceros para evitar que se desatienda un principio mayor. El principio de la buena fe contractual es uno de carácter transversal en el área del negocio jurídico y vertical en las etapas precontractual, acuerdo y ejecución que en todo momento hay que demostrar una conducta de colaboración de los contratantes para el cumplimiento de las obligaciones.
>
> Aunque fue la empresa ecuatoriana Suministros Industriales Petroleros SIPETROL S.A. parte contractual en el convenio de transacción y el sujeto obligado a satisfacer permanentemente la conducta negativa, por los especialísimos elementos que estructuran el factum del caso, el Tribunal Arbitral debe confrontar la procedencia de la excepción "No se le puede atribuir responsabilidad a mi representada [Sipetrol]por acciones en las cuales no ha participado".
>
> …[E]n todo momento se debe detectar y rechazar cualquier conducta que pretenda desnaturalizar a la persona jurídica societaria al convertirla en instrumento de la voluntad para perjudicar bajo un velo de legalidad.

34. Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana, Caso No. 05-13, Laudo de 28/11/2014, Árbitros Fabián Jaramillo Terán (presidente), Luis Parraguez Ruiz y Vladimir Villalba Paredes (co-árbitros).

> … no es función de este Tribunal descubrir la voluntad que controla a ambas compañías, pero sí el de detectar esa simetría cuando se quiere eludir las obligaciones de una persona jurídica haciendo aparecer una aparente legalidad para disfrazar un abuso de derecho, lo cual va contra la naturaleza económica-jurídica de la personalidad societaria de largo desarrollo y, en general contra el Derecho.
>
> La teoría del caso lleva a que el principio de buena fe en la ejecución de la obligación de no hacer consistía en que la compañía obligada no podía hacer uso del término SIPETROL fuera del territorio ecuatoriano, a cuyo efecto, la voluntad y actitud de buena fe de la compañía recae en las personas naturales que la representan o que forman los órganos internos de formación de su voluntad. No se trata de una compañía panameña con una voluntad ajena, independiente y extraña a la voluntad de la compañía ecuatoriana; por el contrario, este Tribunal Arbitral asume la convicción razonable que se trata de un *extremis case*, que como tal, debe ser tratado con graduación mayor, porque existe una instrumentación de la personalidad jurídica societaria ecuatoriana para perjudicar a la contraparte, contraviniendo el espíritu de las concesiones recíprocas adquiridas por el contrato de transacción[35].

En el caso Autoridad Portuaria de Manta (APM) v. Terminales Internacionales de Ecuador S.A. (TIDE), Hutchinson Port Investments Ltda (HPI) y Hutchinson Port Holdings Limited (HPH), el Tribunal Arbitral analizó si los efectos del incumplimiento de TIDE al contrato de concesión con APM debían extenderse a las compañías HPI y HPH –accionistas de TIDE–[36]. Finalmente, el Tribunal Arbitral concluyó que:

35. Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana, Caso No. 05-13, Laudo, 28/11/2014, Árbitros Fabián Jaramillo Terán (presidente), Luis Parraguez Ruiz y Vladimir Villalba Paredes (co-árbitros), párrs. 19-22.
36. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Caso No. 091-13, Laudo de 18/11/2015, Árbitros Guido Santiago Tawil (presidente), Roque Caivano y Juan Pablo Cárdenas (co-árbitros), párr. 445: "Si bien como queda dicho, las Demandadas 2 y 3 no celebraron como "parte" el Contrato de Concesión, ello no impide que pudieran quedar alcanzadas ni resultar obligadas por él. Ello, fundamentalmente en razón de dos circunstancias que el Tribunal (por mayoría) considera relevantes: por un lado, por los compromisos que asumieron en la etapa de formación del Contrato de Concesión; por el otro por el grado de participación que les cupo durante el desarrollo del mismo y, especialmente, en la decisión de abandonar la Concesión".

> […] el grado de involucramiento de HPH y HPI tuvieron en el contrato, comportándose como verdaderas partes antes de su celebración y durante su ejecución excedió largamente la razonable supervisión que los accionistas de una sociedad efectúan normalmente sobre las actividades de ésta, prácticamente sustituyeron a TIDE en las fases críticas del Contrato. Si también se toma en consideración el papel que las Demandadas 2 y 3 desempeñaron al decidir la terminación del Contrato y, en la etapa post-contractual, al participar activamente en las negociaciones tendientes a solucionar el conflicto generado por ella, el Tribunal (por mayoría) no puede sino concluir que las Demandas 2 y 3 deben responder por las consecuencias de su incumplimiento[37].
> Una decisión contraria importaría convalidar un comportamiento actual, que, por contravenir sus propios actos, atenta contra el deber de buena fe con que deben ejecutarse los contratos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1562 del Código Civil Ecuatoriano. No sobra señalar que, conforme el adagio romano *nemo potest contra factum venie*¸ nadie puede alegar un derecho que está en pugna con su propio actual y que consiste en una conducta, positiva o negativa, que crea objetivamente confianza en otra persona acerca de que mantendrá ese comportamiento. Es, como se señala, la denominada "promesa de una futura conducta coherente", cuyo quebrantamiento afecta el principio de buena fe[38].

Es importante destacar estos pronunciamientos, pues si bien reconocen que la extensión de los efectos de un convenio arbitral a partes no signatarias es una situación excepcional, los tribunales arbitrales han realizado una ponderación superior del principio de buena fe y lealtad negocial para alcanzar el real interés que se busca del contrato y así identificar quiénes son razonablemente partes sustanciales del convenio arbitral. Sin duda estos precedentes demuestran un avance en el estudio del arbitraje y la tendencia a aplicar teorías jurídicas complejas, lo que, a todas luces,

37. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Caso No. 091-13, Laudo de 18/11/2015, Árbitros Guido Santiago Tawil (presidente), Roque Caivano y Juan Pablo Cárdenas (coárbitros), párr. 467.
38. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Caso No. 091-13, Laudo de 18/11/2015, Árbitros Guido Santiago Tawil (presidente), Roque Caivano y Juan Pablo Cárdenas (coárbitros), párr. 468.

representa una evolución para el sistema arbitral en el Ecuador y en general demuestra que existe una constante evolución y desarrollo de esta materia.

8. Recusación de árbitros y aplicación de las Directrices IBA sobre conflicto de intereses en el arbitraje internacional

En la actualidad muy pocas personas se atreverían a disputar que parte del derecho a la debida defensa incluye el de ser juzgado por un juez independiente e imparcial[39]. Mucho se ha dicho sobre el alcance de estas definiciones y su contenido[40] y, por más atractivo que resulte el tema, éste excede los objetivos de este trabajo. Este acápite, entonces, se centra en los mecanismos que prevé la legislación ecuatoriana para la defensa de este derecho, es decir, la excusa y la recusación de los árbitros y la aplicación reciente de las Directrices de la IBA en arbitrajes nacionales.

Al respecto, el artículo 21 de la LAM establece que son causas de recusación y excusa de los árbitros aquellas previstas para los jueces[41]. Así, la LAM nos refiere al artículo 22 del COGEP[42] que dispone que los juzgadores pueden excusarse o ser recusados por las razones tasadas en el mismo –de manera *a priori*– como situaciones que generan conflictos de imparcialidad e independencia de los árbitros. Estas causales son:

39. Constitución del Ecuador, Art. 76(7)(k): En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: […] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: […] k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. […].
40. Por ejemplo, R. Jijón Letort, "La independencia e imparcialidad de los árbitros", *Iuris Dictio,* No. 11, 2007, pp. 26-36; F. González De Cossio, "Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros", *Jurídica: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 32, 2002, pp. 459-479; C. Lepervanche M., "Algunos apuntes sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros en el arbitraje comercial", *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, No. 12, 2011, pp. 25-55; L.M. Escobar Martínez, "La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 15, 2009, pp. 181-214; F. De Trazegnies Granda, "Conflictuando el conflicto. Los conflictos de interés en el arbitraje", *Lima Arbitration: Revista del Círculo Peruano de Arbitraje*, No. 1, 2006, pp. 163-184. En general, S. Luttrell, *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: The need for a 'real danger' test*, Wolters Kluwer, 2009.
41. LAM, N. 22, Art. 21.
42. COGEP, N. 2, Art. 22.

1. Ser parte en el proceso.
2. Ser cónyuge o conviviente en unión de hecho de una de las partes o su defensora o defensor.
3. Ser pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de alguna de las partes, de su representante legal, mandatario, procurador, defensor o de la o del juzgador de quien proviene la resolución que conoce por alguno de los medios de impugnación.
4. Haber conocido o fallado en otra instancia y en el mismo proceso la cuestión que se ventila u otra conexa con ella.
5. Retardar de manera injustificada el despacho de los asuntos sometidos a su competencia. Si se trata de la resolución, se estará a lo dispuesto en el Código Orgánico de la Función Judicial.
6. Haber sido representante legal, mandatario, procurador, defensor, apoderado de alguna de las partes en el proceso actualmente sometido a su conocimiento o haber intervenido como mediador.
7. Haber manifestado opinión o consejo que sea demostrable, sobre el proceso que llega a su conocimiento.
8. Tener o haber tenido ella, él, su cónyuge, conviviente o alguno de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad proceso con alguna de las partes. Cuando el proceso haya sido promovido por alguna de las partes, deberá haberlo sido antes de la instancia en que se intenta la recusación.
9. Haber recibido de alguna de las partes derechos, contribuciones, bienes, valores o servicios.
10. Tener con alguna de las partes o sus defensores alguna obligación pendiente.
11. Tener con alguna de las partes o sus defensores amistad íntima o enemistad manifiesta.
12. Tener interés personal en el proceso por tratarse de sus negocios o de su cónyuge o conviviente, o de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Como se ha mencionado en otra parte[43], en términos generales, pareciese que es impropio a la naturaleza del arbitraje esta-

43. A. Galindo y H. García Larriva, N. 1, pp. 61-64.

blecer una valoración abstracta y *a priori* de estas circunstancias, presumiendo que ellas entrañan una falta de imparcialidad e independencia de los árbitros *per se,* sin tener debida cuenta de los hechos específicos del caso en particular. Las causales de recusación, antes comentadas del COGEP, deben pasar por un proceso de adaptación al proceso arbitral con miras a garantizar el derecho a un juez independiente e imparcial[44]. La reciente práctica en la materia y el creciente uso de las Directrices de la IBA parecen confirmar lo anterior[45].

Un interesante caso es el de la Recusación al Árbitro Santiago Cuesta Caputi donde el Tribunal que debía resolver su recusación hizo un ejercicio parecido al descrito anteriormente[34]. Al respecto el Tribunal resolvió:

> Frente a las consideraciones planteadas, este Tribunal se realiza la siguiente pregunta, ¿dentro del nuevo marco constitucional del Ecuador, la defensa de este principio se agota en la aplicación *lex dura, sed lex* de estas causales, o es menester revisar las circunstancias particulares de cada caso?.- […] Parece ser entonces que una aplicación fría y estática de la norma procesal sobre la recusación a la luz de las disposiciones citadas, debe ser soslayada a favor de un verdadero examen de las circunstancias del caso propio, con el fin de verificar la imparcialidad e independencia del juzgador; por lo tanto, al analizar la causal acusada no solo es obligación de este tribunal realizar una interpretación puramente exegética sino también

44. Un interesante caso es el de la Recusación al Árbitro Santiago Cuesta donde el Tribunal que debía resolver su recusación hizo un ejercicio parecido. Tribunal arbitral ad-hoc, *Caso Chaparro c. Ecuador*: Laudo final y Recusación de Santiago Cuesta, en H García Larriva, *Gaceta arbitral*, No. 1, 2013. Otro interesante ejemplo lo encontramos en el Art. 72 del Reglamento de AMCHAM que establece que "[c]ualquier árbitro podrá ser recusado de conformidad con lo establecido en el presente Reglamento, la Ley de Arbitraje y Mediación y el Código de Procedimiento Civil en cuanto sus disposiciones le fueren aplicables". Reglamento AMCHAM, Art. 72, N. 27. Sobre esta disposición es interesante ver lo que resolvió la Directora del Centro de Arbitraje y Mediación de Amcham Quito. En referencia a la causal 10 del artículo 856 del CPCP, ella sostuvo que "[…] a esta Dirección le resulta al menos difícil de concebir cómo esta causal puede ser aplicable dentro de un proceso arbitral […] Un supuesto fenecimiento del encargo arbitral [por vencimiento del término para dictar el laudo] difícilmente podría producir la recusación del [árbitro], pues su efecto se acerca más a la pérdida de la calidad de árbitro […]". Recusación en contra de los árbitros Patrick Barrera Sweeney, Alfredo Corral Borrero y Sasha Madakovic Falconí, Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, Proceso Arbitral No. 4-13, 27/03/2014.
45. Tribunal Arbitral ad-hoc, *Caso Chaparro c. Ecuador*: Laudo final y Recusación de Santiago Cuesta, en H García Larriva, *Gaceta arbitral,* N. 1, 2013.

> un análisis de la situación fáctica descrita por el legislador, con el fin de garantizar los principios y garantías ya enunciados.
> […]Este Tribunal considera la insuficiencia que representan las causales del Código de Procedimiento Civil, en orden a garantizar la plena vigencia del derecho al debido proceso, en particular la garantía de un juez imparcial e independiente; esto producto de que nuestra norma procesal adjetiva responde a una época distinta y prueba evidente de aquello, es que el mismo artículo 856 numeral tercero limita la causal a juicios civiles y penales, dejando por fuera los demás tipos de pleitos y de otra índole, lo que quiere decir que el legislador quisiese que solo se recusase en estas materias, la respuesta simplemente es negativa, debido a que la limitación que hace el Código de Procedimiento Civil, responde a su antigüedad; por lo tanto, esta norma debe ser interpretada de manera extensiva y a la luz de las garantías constitucionales invocadas en la presente resolución.
> […]Es así, que resultaría irrazonable el rechazar una recusación por el simple hecho de no ser un juicio civil o penal, como el aceptarla por el mero hecho de verificar la existencia de un juicio pendiente entre las personas invocadas por el artículo 856 numeral 3 de la norma procesal civil.- En este sentido, por ejemplo en nada influiría que el hermano del doctor Cuesta tuviese un pleito pendiente por cuestiones tributarias con el Estado ecuatoriano, o un juicio contencioso administrativo de impugnación de algún acto administrativo emitido por alguna entidad estatal[46].

Ahora, al momento de considerar la *ratio decidendi* del caso y para efectos de resolver sobre la posible falta de imparcialidad e independencia del árbitro en cuestión, el Tribunal Arbitral decidió aplicar las Directrices de la IBA:

> Todos estos conceptos coincidentes han sido recogidos de manera muy prolija por las Directrices de la *International Bar Association* (en adelante IBA) sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional, que constituye el catálogo de normas generales y casuística referencial más completo, de mayor

46. Ibídem.

> aceptación y más usado en la comunidad actual del arbitraje.- Estas normas han sido cruciales para el desarrollo del arbitraje, puesto que proponen un test que de manera relativamente objetiva, aterriza el análisis subjetivo que puede inmiscuirse dentro de la imparcialidad e independencia de los árbitros.- La directriz general 2 (b) propone que un árbitro deberá negarse a seguir actuando cuando sucedan "*hechos o circunstancias tales que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto consideraría que dan lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro*", y en la directriz general 2 (c) añade que "*son consideradas justificadas, aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes*".- Este estándar planteado implica un elevado nivel de imparcialidad e independencia pues imponen a los árbitros, no solo el ser sino el parecer imparciales en todo momento.- Este requisito de apariencia es ampliamente aceptado por la comunidad internacional así como la jurisprudencia, pues en la práctica la prueba de la actual y manifiesta parcialidad y dependencia de un árbitro sería un estándar muy bajo en la práctica para los árbitros, y consecuentemente un estándar muy alto de prueba para las partes; por el contrario la prueba de la apariencia de imparcialidad independencia propuesta por la IBA implica un estándar mayor para los árbitros[47].

Otro caso interesante en el cual se analizó la inaplicabilidad de las causales del COGEP –en su momento Código de Procedimiento Civil– y se adoptó las Directrices de la IBA fue la resolución de la recusación planteada en el proceso arbitral 04-13 de Amcham Quito. En referencia a la causal 10 del artículo 856 del CPCP, la Directora del Centro de Arbitraje de Amcham Quito sostuvo que

> […] a esta Dirección le resulta al menos difícil de concebir cómo esta causal puede ser aplicable dentro de un proceso arbitral […] Un supuesto fenecimiento del encargo arbitral [por vencimiento del término para dictar el laudo] difícilmente po-

47. Ibídem.

dría producir la recusación del [árbitro], pues su efecto se acerca más a la pérdida de la calidad de árbitro […][48].

Por último, en un reciente caso donde se planteó un posible conflicto de intereses en la designación de un árbitro, la Directora del Centro de Arbitraje de Amcham Quito aplicó de manera directa las Directrices de la IBA en su resolución:

Así mismo, a modo referencial, las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional en el numeral 3.1.2 de su Listado Naranja establece como parámetro la revelación que debe hacer el árbitro a las partes cuando: *"Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue abogado de una de las partes o de una filial de éstas en un asunto independiente del de la causa."*

En este sentido es importante recalcar que el Listado Naranja refleja situaciones que *pudieran* crear dudas acerca de la imparcialidad del árbitro, por lo que se configura la obligación de revelarlas, sin que esto genere necesariamente un conflicto de interés (énfasis añadido).

En relación a lo anterior, la norma citada por la Actora en su solicitud establece un término de tres años, mismo que no se cumple en el presente caso[49].

En síntesis, al parecer las causales de recusación de los jueces –previstas en el COGEP– no deben ser aplicadas de manera directa al caso de recusación de árbitros, sino que, por el contrario, el análisis de la fenomenología de imparcialidad e independencia de los árbitros debe ser una tarea exhaustiva de cada caso. En esta tarea las Directrices de la IBA son una herramienta fundamental y así lo ha demostrado la práctica arbitral en el Ecuador.

48. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, Recusación en contra de los árbitros Patrick Barrera Sweeney, Alfredo Corral Borrero y Sasha Madakovic Falconí, Proceso Arbitral No. 4-13, 27/03/2014.
49. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, solicitud de exclusión del árbitro Álvaro Galindo Cardona, Proceso Arbitral No. 6-16, decisión de 3/08/2016.

9. Conclusión

Como es posible comprobar, a lo largo de este trabajo, es indiscutible el crecimiento y desarrollo que ha tenido el arbitraje durante los últimos años en el Ecuador. En gran medida, esto se debe a que los usuarios de este sistema le han dado una importancia a su estudio y desarrollo. No obstante, es indudable las complicaciones y desafíos que aún deben enfrentarse, particularmente respecto a las implicaciones que trae la promulgación de nuevas disposiciones normativas, como el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) y en relación a ciertos procesos complementarios –acción de nulidad, aplicación de AEP en procesos arbitrales, entre otros– que no han alcanzado una línea jurisprudencial regular y consistente.

En definitiva, del análisis expuesto en este artículo, a manera de conclusiones podemos decir:

(i) Las reformas que trae el COGEP sobre el sistema de homologación y ejecución de laudos arbitrales internacionales y la reciente jurisprudencia en la materia contravienen las disposiciones y garantías que otorgan instrumentos internacionales, como la CNY y la CP. Esto resulta perjudicial para el sistema arbitral, porque devela un desconocimiento general sobre los instrumentos internacionales en esta materia y genera un innecesario conflicto de leyes que los tribunales nacionales deberán resolver. En nuestra opinión, es indudable que prevalece la normativa internacional sobre las disposiciones del COGEP. No obstante, la falta de experiencia sobre su aplicación puede resultar en decisiones inconsistentes por parte de los juzgadores nacionales.

(ii) La aplicación de la Acción Extraordinaria de Protección (AEP) contra laudos arbitrales es un tema que ha generado recurrentes cuestionamientos en el foro arbitral. No obstante, los últimos pronunciamientos de la Corte Constitucional brindan luces sobre su aplicación sobre laudos

arbitrales. Así, ha quedado zanjadas las dudas sobre si la AEP es aplicable o no a laudos arbitrales, pues la Corte Constitucional las ha aceptado en múltiples ocasiones. Por otra parte, parecería que dicha autoridad ha acogido una línea de pensamiento que exige el agotamiento de la acción de nulidad para la interposición de AEP sobre laudos arbitrales, únicamente cuando el derecho constitucional que se pretende tutelar, puede ser protegido a través de las causales específicas que cautela la acción de nulidad. En casos en los que ésta no es aplicable, podrá iniciarse una AEP directamente sobre el laudo arbitral.

(iii) Las decisiones de la Corte Constitucional sobre la admisibilidad del recurso de casación en contra de sentencias de nulidad de laudos arbitrales continúan siendo un problema. Se evidencian pronunciamientos y razonamientos completamente contradictorios; en ciertos casos, la Corte concluye que es necesario agotar el recurso de casación, como una garantía del derecho a la defensa y al debido proceso y en otros casos opina exactamente lo opuesto, manifestando que no es necesario agotar el recurso de casación y que su inadmisión de ninguna manera constituye una violación a los derechos constitucionales mencionados. Es indudable, la necesidad de exigir una resolución a este dilema, debido a la constante inseguridad que genera para la protección de derechos constitucionales.

(iv) El Código General de Procesos ha regulado algunas materias complementarias al proceso arbitral. Sin embargo, respecto al proceso de nulidad de laudos, el cuerpo normativo que continúa prevaleciendo es la Ley de Arbitraje y Mediación. A pesar de ello, El COGEP puede y debe aplicarse de forma complementaria al proceso de nulidad e incluso podría brindar luces sobre los recursos que pueden seguirse en contra de la sentencia del Presidente de la Corte Provincial, lo cual, como se expuso en el punto anterior, hasta el momento, es un tema incierto que genera incertidumbre a quienes buscan reclamar la protección de sus derechos.

(v) Respecto a la aplicación de cláusulas escalonadas en el proceso arbitral, recientes pronunciamientos de tribunales arbitrales ecuatorianos, develan que su obligatoriedad no es absoluta. Exigir su cumplimiento, una vez que ha iniciado un arbitraje, dependerá de un análisis del caso concreto por parte del Tribunal Arbitral. Así, éste tendrá que determinar si, bajo las circunstancias en las que se encuentra las partes, estos acuerdos previos al arbitraje permitirían una resolución efectiva de la controversia o si exigir su cumplimiento solo constituirían una dilación innecesaria del proceso arbitral.

(vi) Respecto la inclusión de partes no signatarias en el proceso arbitral, es posible verificar un positivo desarrollo en el estudio de esta materia. Son varios los tribunales arbitrales ecuatorianos que ya han acogido estas teorías, aunque han dejado sentado que su aplicación es de carácter excepcional. De acuerdo al análisis que se ha realizado a estos casos, es notable una línea de pensamiento encaminada a ponderar la aplicación del deber de buena fe sobre la aplicación del principio de relatividad, siendo este el sustento fundamental para extender los efectos del convenio arbitral a terceros no signatarios.

(vii) Finalmente, sobre la recusación de árbitros, se ha demostrado que resulta, en ciertos casos, problemática la aplicación directa de las causales prescritas en el COGEP, pues desnaturaliza o resultan compatibles con el arbitraje. Por este motivo, se destaca, como aspecto positivo del desarrollo del arbitraje nacional, creciente aceptación de tribunales arbitrales e instituciones arbitrales sobre la aplicación de instrumentos internacionales, como las directrices de la IBA sobre conflictos de intereses en arbitraje internacional (Directrices de la IBA) para la resolución de disputas en el marco nacional.



FERRERE
Anunciа su próxima apertura en Guayaquil
Ecuador
Bolivia
Paraguay
Uruguay
La firma legal regional de Sudamérica
200 abogados | 11 oficinas | 4 países | 1 firma líder
www.ferrere.com

Control constitucional en el sistema arbitral ecuatoriano: ¿Garantismo o Intervencionismo?

*Camilo Muriel Bedoya**

Recibido/Received: 26/01/2016
Aceptado/Accepted: 19/08/2016

PALABRAS CLAVE: control constitucional, laudos arbitrales, acción extraordinaria de protección, Ecuador.

KEYWORDS: constitutional control, arbitral awards, extraordinary action of protection, Ecuador.

RESUMEN: La Corte Constitucional del Ecuador ha establecido que los laudos arbitrales pueden ser objeto de control constitucional. Existe un debate previo respecto a la aplicabilidad de recursos disponibles en procedimientos ordinarios

* Asociado en Pérez Bustamante & Ponce Abogados. Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, y LL.M., por la University College London.

C. Muriel, "Control constitucional en el sistema arbitral ecuatoriano: ¿Garantismo o Intervencionismo?", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 2015.

en contra de laudos arbitrales y de las sentencias que resuelven su nulidad; sin embargo, la jurisprudencia ecuatoriana ha sido ecléctica y ahora, adicionalmente, la aplicación de la *acción extraordinaria de protección* en arbitraje se suma a este incierto panorama jurídico, levantando aún más dudas respecto a la pertinencia, residualidad y extraordinariedad de esta acción. De esta forma, las cortes enfrentan la delicada tarea de proceder respetando y aplicando la Constitución, pero también la especialidad y naturaleza de las instituciones que esta protege; concibiéndose así una dialéctica que incidirá directamente en la eficacia del sistema jurídico ecuatoriano y su administración de justicia.

ABSTRACT: The Constitutional Court of Ecuador has established that arbitral awards may be constitutionally reviewed or controlled by it. There is a previous debate regarding the applicability of the available recourses within ordinary proceeding against
arbitral awards and judgments that resolve their annulment; however, the Ecuadorian case law has been eclectic and now, additionally, the application of the *extraordinary action of protection* within arbitration is added to this uncertain juridical environment, raising even more doubts regarding the relevance, residuality and extraordinariness of this action. Accordingly, the courts face the delicate task of proceeding respecting and applying the Constitution, but also the speciality and nature of the institutions protected by it; thus, conceiving a dialectic that will directly influence the efficacy of the Ecuadorian legal system and its administration of justice.

1. Introducción

Se define actualmente al Ecuador como un "Estado constitucional de derechos y justicia"[1] y ya no como un "estado social de derecho"[2]. La Constitución de 2008 tomó un enfoque diferente al

1. Constitución de la República del Ecuador de 2008 (CRE), Art. 1, RO No. 449, 20/10/2008.
2. Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, Art. 1, RO No. 1, 11/08/1998.

de su predecesora y ahora los *derechos* constitucionalmente protegidos son el eje de todo el sistema jurídico, aunque esto no implique que Ecuador haya dejado de ser un *Estado de Derecho*[3]. Así, este nuevo sistema busca establecer un régimen proteccionista que garantice al máximo los derechos reconocidos por la Constitución y, para alcanzar este objetivo, las cortes ecuatorianas enfrentan grandes –aunque no nuevos– desafíos. Este trabajo analizará una de las áreas que quizás ha reflejado el mayor de los aparentes antagonismos y preocupantes incertidumbres, el control constitucional en el ámbito arbitral. Específicamente, se analizará la evolución del tratamiento de la acción extraordinaria de protección en el arbitraje, así como las principales sentencias que ha emitido la Corte Constitucional ecuatoriana relacionadas con el control constitucional de laudos arbitrales y de sentencias o decisiones que resuelven su nulidad.

Existe desde hace varios años una delicada tensión entre el sistema arbitral y el régimen constitucional ecuatoriano. El control constitucional de laudos y los pronunciamientos de la Corte Constitucional, sin embargo, no han pasado inadvertidos[4] y es necesario continuar con un estudio crítico del tratamiento de la acción extraordinaria de protección dentro de un mecanismo de resolución de conflictos tan trascendental como lo es el arbitraje. En los siguientes apartados se evidenciará este dualismo entre la elección de largos procedimientos –pero en principio llenos de seguridades– y la aplicación de los principios rectores del arbitraje, tales como la celeridad y la finalidad[5].

3. Véase H. Salgado Pesantes, "Democracia y participación política en un Estado Social de Derecho", en H. Salgado Pesantes *et al*, *Nuevos Retos del Constitucionalismo Ecuatoriano: Democracia, Garantías y Derechos*, AED-PUCE, 2011, p. 2.
4. Véase, E. Neira, *La Constitución de 2008 y el arbitraje bajo la ley ecuatoriana: análisis de dos problemas que surgen antes que del texto constitucional, de su equivocada aplicación*, <http://goo.gl/6cTO7A> (15/12/2015); C. Muriel, *Constitutional Review of Arbitral Awards: Between Protectionism and Interventionism*, <http://goo.gl/hbFg3o> (15/12/2015); y, H. García, *Procedure of Annulment of an Arbitral Award in Ecuador: An Arbitral Odyssey*, <http://goo.gl/hN8Vbc> (15/12/2015). Véase adicionalmente, F. González de Cossío, "Procesos constitucionales y procesos arbitrales: ¿agua y aceite?", Revista Ecuatoriana de Arbitraje, No. 6, 2014, pp. 229-248.
5. Véase, A. Dillon, *The History of a Lawsuit in the Republic of Ecuador*, Spottiswoode & Co 1864, reimpreso por MOML, p. iv. En 1864, en un reporte a la Cámara de los Lores, se afirmó que en Ecuador "*an ordinary suit baffles all calculation, and not unfrequently exceeds the natural term of a man's life*."

Más allá de la todavía vigente discusión legal respecto a la procedencia de recursos ordinarios y extraordinarios en contra de las sentencias que resuelven la nulidad de un laudo arbitral[6], las preguntas que surgen y que se considerarán a lo largo de este trabajo residen en la compatibilidad del control constitucional y el sistema arbitral, la efectividad de este control y su contribución a la justicia. De las sentencias y casos analizados, no obstante, se hará evidente que el tratamiento ecléctico de la extraordinariedad y residualidad de la AEP y los diferentes criterios que han tomado los administradores de justicia han derivado en una mayor incertidumbre e inseguridad jurídica, contrario a lo que originalmente buscó, al menos en teoría, la Constitución de 2008.

2. Corte Constitucional, arbitraje y la acción extraordinaria de protección

Para Paulsson, su *idea of arbitration* supone la existencia de una resolución obligatoria que pone fin a una disputa, la cual es aceptada con serenidad por aquellos que soportan sus consecuencias debido a la especial confianza que tienen en quienes fueron escogidos para dicho fin[7]. Es importante tomar en cuenta que si bien la autonomía de las partes se encuentra protegida por la mayoría de las legislaciones, esta no es absoluta[8]. De esta forma, es necesaria la intervención de las cortes para enmendar determinadas irregularidades y el alcance de este control es el que determinará si existe una asistencia beneficiosa o intervención disruptiva del sistema.

Varias normas dieron lugar al actual control constitucional del sistema arbitral. En primer lugar, la Constitución establece que la Corte Constitucional es el "máximo órgano de control, in-

6. Véase, F. Albuja, "La acción de nulidad de un laudo arbitral: ¿un proceso de conocimiento?", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6, 2014, pp. 271-284.
7. *Cfr*. J. Paulsson, *The Idea of Arbitration*, OUP, 2013, p. 1. El autor afirma además: *"Acceptance of arbitration is a distinctive feature of free societies. It is rejected by totalitarian states. It is viewed with sceptism by enthusiasts of central planning."*
8. A. Tweeddale y K. Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice,* OUP, 2010, p. 249.

terpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia"[9] y que sus sentencias y autos son definitivos e inapelables[10]. Por otro lado, dentro de las garantías jurisdiccionales definidas por la Constitución, se regula a la acción extraordinaria de protección (AEP), la cual procede en contra de sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia en los que se haya violado derechos constitucionales, y en los que se demuestre que se han agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios, a menos que "sean ineficaces o inadecuados o que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado[11]."

Adicionalmente, el arbitraje se encuentra constitucionalmente reconocido como un procedimiento alternativo para la solución de conflictos[12] y la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM)[13] les atribuye a los laudos arbitrales el efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada[14]. La LAM expresamente establece que los laudos arbitrales son inapelables –aunque sí pueden ser aclarados o ampliados– y que no son susceptibles de ningún otro recurso que no establezca esta ley[15]. En consecuencia, la única acción posible en contra de un laudo, prevista en la LAM, es la acción de nulidad, la cual deberá basarse en una de las causales específicas determinadas por esta misma ley[16].

Todos estos elementos configuraron el uso –y potencial abuso– de la AEP como un mecanismo para impugnar laudos y, similarmente, decisiones relacionadas con su nulidad. La acción extraordinaria de protección se consolidó como una variable más

9. CRE, N. 1, Arts. 429 y 436.
10. CRE, N. 1, Art. 440.
11. Véase, CRE, N. 1, Arts.94 y 437; y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), RO Sup. No. 52, 22/10/2009. Véase particularmente, Arts. 58, 61 y 63.
12. CRE, N. 1, Art. 190: "Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley".
13. Ley de Arbitraje y Medicación (LAM), RO No. 417, 14/12/2006.
14. LAM, N. 13, Art. 32.
15. Ídem, Art. 30.
16. Ídem, Art. 31.

a una práctica en donde no había consenso en las cortes. Antes de la vigencia de la Constitución de 2008 existía un debate previo respecto a la procedencia de recursos en contra de la sentencia que resuelve la acción de nulidad de un laudo arbitral. Como resultado, es posible encontrar posturas contrarias respecto a su procedencia tanto a nivel de Corte Provincial (y ex Cortes Superiores), así como de Corte Nacional (y de ex Corte Suprema).

De esta forma, se admitieron, inadmitieron, aceptaron y rechazaron recursos de apelación en contra de la sentencia que resuelve la nulidad de un laudo. De igual forma, se presentaron recursos de casación en contra de estas decisiones y a lo largo de estos procedimientos no es poco común encontrar, adicionalmente, solicitudes de aclaración y ampliación y recursos de hecho, tanto en contra de la negativa de un recurso de apelación, así como de uno de casación. La AEP hizo aún más complejos todos estos escenarios, dado que se alegaron violaciones constitucionales dentro de casos que reflejan todas estas posibles variaciones[17]. En algunos casos todavía se ataca por medio de la AEP

17. Véase los casos en los que se deduce acción extraordinaria de protección presentados por: *Esmeralda Lossa de Rosillo, Compañía ROS & LO CÍA LTDA, Jorge Rosillo Claudet,* Caso No. 1037-10-EP; *Ecuador Bottling Corp (EBC)*, Caso No. 1443-10-EP; *Fernando Marcelo Zaldúa y otros*, Caso No. 1568-12-EP; *Marcos Iván Caamaño Guerrero, en calidad de coordinador general jurídico y delegado de la ministra de Transporte y Obras Públicas y del procurador General del Estado*, Caso No. 1279-11-EP y 1280-11-EP acumulados; *Jorge Helmutt Salazar Vélez,* Caso No. 1542-11-EP; *Francisco Grijalva Muñoz, en calidad de Director Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje de la Procuraduría General del Estado, y Marcelo Aguayo, en calidad de Director Nacional de Asesoría Jurídica y Procurador Judicial del ministro de Salud Pública,* Caso No. 1703-11-EP; *Clemente Bravo Riofrío e Ignacio Arias García, por los derechos que representan del Gobierno Autónomo Descentralizado de Santa Rosa, en calidades de Alcalde y Procurador Síndico Municipal*, Caso No. 0976-12-EP; *CELTEL CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS LTDA*, Caso No. 1114-12-EP; *Jaime Patricio Solines Coronel, en calidad de representante legal CONSTRUIR FUTURO S.A.*, Caso No. 1441-12-EP; *Juan Xavier Ribas, en calidad de representante legal de la Compañía de Seguros Ecuatoriano Suiza S.A.*, Caso No. 0091-13-EP; *Christel Gaibor Flor, en calidad de Directora Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje de la Procuraduría General Subrogante del Estado, y Patricio Llerena, en calidad de Gerente General Subrogante de CNT*, Caso No. 0501-13-EP; *Rubén Darío León Vásquez, en calidad de Secretario Nacional de Telecomunicaciones SENATEL,* Caso No. 0518-13-EP; *Christel Gaibor Flor, en calidad de Directora Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje encargada y delegada del Procurador General del Estado*, Caso No. 0879-13-EP; *Cristina González Camacho, en calidad de procuradora judicial de Othón Zevallos Moreno, gerente general y representante legal de Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento de Quito*, Caso No. 0880-13-EP; *Luis Alfredo Muñoz Neira, en calidad de liquidador designado por la Superintendencia de la empresa NATURA INC CIA,* Caso No. 1000-13-EP; *Pablo Sotomayor Fernández, representante legal del CONSORCIO U.S.V. Construcciones C.A.,* Caso No. 1053-13-EP; *Carlos Julio Machado Vallejo, en calidad de gerente general subrogante y representante legal de la Empresa Pública Metropolitana de Desarrollo Urbano de Quito EPMDUQ*, Caso No. 1338-13-EP; *Miguel Ángel Valdivieso Valencia*, Caso No. 1362-

la no admisión o rechazo de recursos ordinarios o extraordinarios en contra de la sentencia que resuelve la nulidad de un laudo y son particularmente interesantes los casos en donde interviene una entidad pública o la Procuraduría General del Estado[18]. En la Tabla No. 1 se pueden observar algunos de los casos mencionados y los diferentes escenarios alcanzados, desde la impugnación directa de un laudo arbitral por medio de una AEP, hasta la impugnación del fallo que rechaza el recurso de casación que tiene como antecedente a su vez la anulación de un laudo.

Existen todavía varias causas pendientes de resolución en la Corte Constitucional –tanto en admisión como en sustanciación– y, si bien la admisión de una AEP dependerá de las circunstancias particulares de cada caso en específico, es perfectamente posible impugnar casi toda resolución, desde un laudo –así como otras

13-EP; *Luz Marina Levoyer Masson*, Caso No. 1457-13-EP; *Ángel Mateo Noblecilla Rosillo, en calidad de Alcalde del cantón Pasaje,* Caso No. 0031-14-EP; *Eduardo Francisco Diez Cordovez, en calidad de Gerente General y representante legal de la compañía Quasar Náutica Expeditions S.A.*, Caso No. 0543-14-EP; *Alan Narváez,* Caso No. 0605-14-EP; *Alberto Cárdenas Dávalos, en calidad de representante legal de la compañía Confianza de Seguros y Reaseguros S.A.*, Caso No. 0831-14-EP; *Danilo Morales Jaramillo, en calidad de procurador judicial de Roberto Murillo Cavagnaro, gerente general de la Corporación Financiera Nacional*, Caso No. 0920-14-EP; *Christel Gaibor Flor, en calidad de Directora Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje encargada del Procurador General del Estado*, Caso No. 0949-14-EP; *Jaime Eduardo Castañeda y Miriam Elena Reyes Solano,* Caso No. 1281-14-EP; *Darwin Stalyn Guzmán Arias y Eduardo Alberto Serpa Ochoa*, Caso No. 1818-14-EP; *Antonio Martínez Borrero ofreciendo poder ratificación de la Compañía Negocios Automotores Neohyundai S.A.*, Caso No. 0063-15-EP; *Aníbal Carrera Arboleda en calidad de gerente general de INMOEUROPA CIA LTDA*, Caso No. 0078-15-EP; *Leopoldo Enríquez Espinosa, en calidad de gerente general de DILUSERVICIOS EMPRESARIALES S.A.*, Caso No. 0177-15-EP; *Roberto Carmigniani Valencia, en calidad de procurador judicial de PAZCORP S.A.*, Caso No. 0266-15-EP; *Roberto Carmigniani Valencia, en calidad de procurador judicial de PAZCORP S.A.*, Caso *No*. 0267-15-EP; *Edmund Helmut Negwer y Judith Guadarrana*, Caso No. 0408-15-EP; *Iván Gustavo Vivanco* Morales, Caso No. 0575-15-EP; *Hugo Almeida, en calidad de liquidador de MANAGERNERACIÓN S.A., y Carlos González, en calidad de apoderado de LA FABRIL S.A.*, Caso No. 0802-15-EP; *Eduardo Carmigniani Valencia, en calidad de procurador judicial de* CONECEL, Caso No. 0932-15-EP.

18. Véase por ejemplo, los casos: *Francisco Grijalva Muñoz, en calidad de Director Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje de la Procuraduría General del Estado, y Marcelo Aguayo, en calidad de Director Nacional de Asesoría Jurídica y Procurador Judicial del ministro de Salud Pública,* Caso No. 1703-11-EP; *Clemente Bravo Riofrío e Ignacio Arias García, por los derechos que representan del Gobierno Autónomo Descentralizado de Santa Rosa, en calidades de Alcalde y Procurador Síndico Municipal*, Caso No. 0976-12-EP; *CELTEL CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS LTDA*, Caso No. 1114-12-EP; *Carlos Julio Machado Vallejo, en calidad de gerente general subrogante y representante legal de la Empresa Pública Metropolitana de Desarrollo Urbano de Quito EPMDUQ*, Caso No. 1338-13-EP; *Miguel Ángel Valdivieso Valencia*, Caso No. 1362-13-EP; *Ángel Mateo Noblecilla Rosillo, en calidad de Alcalde del cantón Pasaje,* Caso No. 0031-14-EP; *Christel Gaibor Flor, en calidad de Directora Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje encargada del Procurador General del Estado*, Caso No. 0949-14-EP; *Leopoldo Enríquez Espinosa, en calidad de gerente general de DILUSERVICIOS EMPRESARIALES S.A.*, CASO No. 0177-15-EP.

decisiones de un Tribunal arbitral– hasta los diferentes pronunciamientos de las Cortes Provinciales y de la Corte Nacional. En consecuencia, los autos de admisión de la Corte Constitucional son una relevante referencia para determinar el criterio de la Corte, no obstante, sus argumentos más importantes se reflejan en las sentencias emitidas en los últimos años.

3. Pronunciamientos de la Corte Constitucional

De los diferentes escenarios antes descritos se pueden observar varios resultados, especialmente respecto a la admisibilidad de una AEP en contra de laudos y resoluciones relacionadas con su nulidad. Adicionalmente, la Corte Constitucional ha emitido importantes fallos que abordan estas circunstancias. A continuación se detallan las sentencias más significativas emitidas por la Corte que recogen los principales argumentos relativos al control constitucional del sistema arbitral. De su análisis se evidenciarán las diferentes posturas mantenidas por la Corte que, debido a su eclecticismo, han dado lugar a más preguntas que respuestas.

3.1 Sentencia Caso No. 0008-2008-DI[19]

En este caso la Corte Constitucional trató la constitucionalidad del artículo 59 del Código de Procedimiento Civil[20], específicamente respecto a la aplicación del trámite ordinario en la acción de nulidad de los laudos arbitrales. La Corte desechó la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo señalando que este no es contrario a la Constitución –de 1998 ni a la de 2008– pero sin antes realizar importantes precisiones.

La Corte indicó que la declaratoria de inaplicabilidad general del artículo atentaría a la seguridad jurídica de otras reclamacio-

19. Corte Constitucional para el Período de Transición, RO Sup. No. 605, 4/06/2009, Caso No. 0008-2008-DI, sentencia de 5/05/2009.
20. Código de Procedimiento Civil, Art. 59: "Toda controversia judicial, que según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario", RO Sup. No. 687, 18/05/1987.

nes judiciales que se ventilan en juicio ordinario y que "otra cosa es que la realidad de la administración de justicia en el país no haya podido cristalizar los principios constitucionales de celeridad y eficacia". Adicionalmente, la Corte estableció que las vías alternativas de solución de conflictos "son mecanismos que pretenden evitar que se incurra en los mismos vicios que, lamentablemente, afectan a la administración de justicia", en donde lo que se busca es una solución oportuna y ágil.

De esta forma, la Corte enfatizó que la Ley de Arbitraje y Mediación prevé un procedimiento específico para el trámite de nulidad[21]. Consideró que este es el único trámite a observarse, sin que pueda aplicarse el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, al ser este procedente únicamente en los casos en que la ley no ha determinado un procedimiento especial.

Finalmente, es importante notar que la Corte hace referencia expresa al criterio de la Procuraduría General del Estado, la cual coincidía en la inaplicabilidad del artículo 59 del Código de Procedimiento Civil en materia de arbitraje[22].

3.2 Sentencia No. 0006-10-SEP-CC[23]

Esta sentencia marca un importante precedente a favor del arbitraje en el sistema ecuatoriano. Sin perjuicio de haberse alegado como excepción la incompetencia del juez al haber una cláusula arbitral, el proceso continuó hasta llegar a la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional). Se presentó una acción extraordinaria de protección alegando la violación de los derechos de tu-

21. LAM, N. 13, Art. 31.
22. La sentencia textualmente establece: "El Dr. Néstor Arboleda Terán, Director Nacional de Patrocinio, Delegado del Procurador General del Estado, entre otras cosas, indica que coincide con el criterio del Presidente de la ex Corte Superior (hoy Corte Provincial), en el sentido de que en materia de arbitraje, sistema alternativo de justicia, no es aplicable el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, el Código de Procedimiento Civil contiene las reglas a seguir en todas las controversias judiciales, las que en caso de declararse la inaplicabilidad general del artículo 59, se verían afectadas e impedidas de sustanciación."
23. Corte Constitucional para el Período de Transición, RO Sup. No. 159, 16/03/2010, Caso No. 0712-09-EP, sentencia de 24/02/2010.

tela judicial efectiva y seguridad jurídica, por cuanto las cortes y juez inferiores se atribuyeron y fallaron en el caso, a pesar de no ser competentes.

La Corte Constitucional estableció que se vulneró el derecho del accionante al debido proceso al no haber sido juzgado por el juez o autoridad competente, con observancia del trámite propio de cada procedimiento. En consecuencia, se aceptó la acción extraordinaria de protección por haberse demostrado la violación de los derechos de tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, y se dejaron sin efecto los fallos inferiores. La Corte finalmente dispuso que el proceso se retrotraiga a la fase procesal de conclusión de la audiencia de conciliación y contestación de la demanda, a efecto de que el juez de primera instancia resuelva la excepción de incompetencia.

3.3 Sentencia No. 063-12-SEP-CC[24]

En este caso una acción de nulidad de laudo llegó a la Corte Nacional y una acción extraordinaria de protección fue interpuesta en contra de la sentencia que negó el recurso de casación presentado. El caso alcanzó la Corte Nacional después de haberse presentado una acción de nulidad de laudo, la apelación de la sentencia que resolvió esta acción y varios recursos horizontales a lo largo del proceso.

La Corte Constitucional precisó que la acción extraordinaria de protección "no constituye una instancia adicional a las previstas en la jurisdicción ordinaria" y que por lo tanto "no compete a la Corte Constitucional pronunciarse acerca del asunto controvertido en el proceso judicial (…), esto es, determinar si existe o no nulidad del laudo (…)"[25].

24. Corte Constitucional para el Período de Transición, RO Sup. No. 735, 29/06/2012, Caso No. 1443-10-EP, sentencia de 27/03/2012.
25. Sentencia N. 063-12-SEP-CC, N. 24, p. 7.

La Corte hizo además una importante consideración:

> [L]a acción de nulidad de laudo arbitral (…) agotó todas las instancias en la jurisdicción ordinaria, pues el fallo de primera instancia fue apelado para ante la Primera Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Por recurso de casación interpuesto por dicha compañía, el proceso judicial pasó a conocimiento de la Sala de lo Civil, Mercantil y de la Familia de la Corte Nacional de Justicia, la cual expidió la sentencia que es objeto de impugnación, y finalmente se expidió auto de aclaración del fallo de casación[26].

La Corte declaró que no existió vulneración de derechos constitucionales y rechazó la acción extraordinaria de protección; sin embargo, de la argumentación de la Corte se evidenciaría que se espera que se agoten todas las instancias en la jurisdicción ordinaria para que la acción extraordinaria de protección prospere.

3.4 Sentencia No. 155-12-SEP-CC[27]

En este caso se impugnó, mediante una acción extraordinaria de protección, una providencia de un tribunal arbitral que no dio paso a una acción de nulidad de laudo. El accionante atacó la motivación del tribunal, sin embargo, la Corte Constitucional determinó que el tribunal fue claro, racional y actuó fundamentadamente, por lo que negó la acción extraordinaria de protección y declaró que no hubo vulneración de derechos constitucionales.

Si bien la acción extraordinaria de protección fue rechazada, la importancia de esta sentencia radica en la posibilidad de impugnar una providencia de un tribunal arbitral por medio de una acción extraordinaria de protección. Así, por ejemplo, si la Corte hubiera evidenciado que la decisión del tribunal que negó la acción de nulidad no se encontraba motivada, la acción extraordi-

26. Ídem, p. 9.
27. Corte Constitucional para el Período de Transición, RO Sup. No. 743, 11/07/2012. Caso No. 1037-10-EP, sentencia de 17/04/2012.

naria de protección hubiera sido, dejando todo lo demás constante, aceptada.

3.5 Sentencia No. 169-12-SEP-CC[28]

Esta sentencia marca expresamente la postura de la Corte Constitucional a favor del control constitucional de laudos arbitrales. Se presentó una acción extraordinaria de protección en contra de un laudo arbitral, del cual a su vez se presentó una acción de nulidad que fue rechazada por la Presidencia de la Corte Provincial.

La Corte Constitucional definió varios aspectos que influirían en casos futuros. Se establecieron las siguientes puntualizaciones:

> (i) Los laudos arbitrales tienen la misma fuerza que una sentencia ejecutoriada, en consecuencia, son impugnables por medio de la acción extraordinaria de protección[29].
> (ii) La acción de nulidad debe ser agotada previamente a la interposición de una acción extraordinaria de protección, con la única excepción de que dicha acción se muestre inadecuada o ineficaz para la resolución del problema[30].

La Corte señaló también que al someterse a arbitraje se limita legítimamente "el ejercicio del derecho a la doble instancia, lo que no implica una renuncia al mismo, sino una declaración previa de conformidad con el resultado obtenido (…)"[31]. Finalmente, considerando que el accionante pretendía que se trate una cuestión de mera legalidad, la Corte concluyó que no existió vulnera-

28. Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Caso No. 1568-10-EP, RO Sup. No. 756, 30/07/2012, sentencia de 26/04/2012.
29. Ídem, p. 12.
30. Ídem, p. 13. El artículo 61 numeral 3 de la LOGJCC establece como un requisito para la interposición de la acción extraordinaria de protección la "[…] demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean ineficaces o inadecuados o que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado".
31. Ídem, p. 14. La Corte continuó indicando que: "La única posibilidad de lograr un pronunciamiento al respecto por medio de la acción extraordinaria de protección sería la demostración de la existencia de una vulneración directa a una norma constitucional, fuera de lo considerado 'materia transigible', y no de manera mediata, como se pretende en la demanda."

ción de derechos constitucionales y negó la acción extraordinaria de protección.

Si bien la Corte no desarrolló a profundidad la residualidad de la acción extraordinaria de protección en materia arbitral, es razonable concluir que dependiendo de la configuración de una de las causales de la acción de nulidad –en teoría– deberá o no agotarse la acción de nulidad[32]. En consecuencia, podría ser factible la impugnación directa de un laudo por medio de una acción extraordinaria de protección si es que lo que configuró la violación de derechos constitucionales no se encuentran dentro de las causales de la acción de nulidad (e.g. falta de motivación, interés público, etc.).

3.6 Sentencia No. 081-13-SEP-CC[33]

Este caso tiene como precedente una acción de nulidad que fue negada por la Presidencia de Corte Provincial del Guayas. Se presentó un recurso de casación y el accionante presentó una acción extraordinaria de protección en contra de la decisión de la Corte Nacional que no admitió el recurso. El accionante atacó la motivación de la Corte Nacional[34], sin embargo, la Corte Constitucional resolvió que no se vulneraron derechos y rechazó la acción extraordinaria de protección interpuesta.

32. En el presente caso el Presidente de la Corte Provincial rechazó la acción de nulidad porque la falta de motivación, que atacaba el accionante no es una de las causales para interponer la acción de nulidad.
33. Corte Constitucional del Ecuador, RO Sup. No. 154, 3/01/2014, Caso No. 0091-13-EP, sentencia de 23/10/2013.
34. La decisión judicial que se impugna es el auto del 04 de diciembre de 2012, dictado por la Sala de Conjueces lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, el cual estableció: "[…] Esta Sala considera que la impugnación de un laudo arbitral no es un asunto de conocimiento, en atención a lo prescrito en el inciso final del Art. 32 de la Ley de Mediación y Arbitraje. El arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos de jurisdicción privada por terceras personas, que no tienen la calidad e investidura de los jueces de la jurisdicción común, por no ser designados por el poder público, sustrayéndolos de la jurisdicción común, previo sometimiento voluntario de las partes en tal decisión, cuya existencia impide a la Función Judicial conocer de las cuestiones litigiosas sometidas al arbitraje. Así la disposición del Art. 31 de la Ley de Mediación y Arbitraje estatuye la inapelabilidad del laudo arbitral, por lo que la decisión arbitral se torna irrevocable, y podrá obtenerse su ejecución forzada del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio".

La Corte sostuvo que:

> [E]n los procesos arbitrales, debido a que al someterse a un proceso de este tipo, las partes están realizando una manifestación de aceptación previa al resultado que se vaya a adoptar, dentro del proceso arbitral y, por consiguiente, de su inapelabilidad por esta causa[35].

La Corte rechazó la acción extraordinaria de protección advirtiendo que el derecho de recurrir un fallo[36] del accionante no fue vulnerado, considerando que "este ha podido plantear recurso de nulidad del laudo arbitral impugnado y además plantear recurso extraordinario de casación"[37]. Así, se evidencia el criterio de la Corte en que la posibilidad de plantear estos recursos determinó la no vulneración de derechos constitucionales, ni la indefensión del accionante[38].

3.7 Sentencia No. 123-13-SEP-CC[39]

Una vez más la decisión sobre una acción de nulidad de laudo fue atacada mediante varios recursos horizontales y verticales. Finalmente, alegando falta de motivación, se interpuso una acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada por la Presidente de la Corte Provincial de Justicia del Guayas que declaró la nulidad de un laudo arbitral.

La Corte Constitucional aceptó la AEP, declarando la vulneración del derecho constitucional a la motivación. La Corte Constitucional consideró que la Presidente de la Corte Provincial no expresó ni explicó de manera clara sus argumentos, por lo que

35. Sentencia No. 081-13-SEP-CC, N. 33, p. 9.
36. La Corte Constitucional ha mantenido que el derecho a recurrir no es absoluto. Véase, Caso No. 31-10-CN, Sentencia No. 001-11-SCN-CC; y, Caso No. 0499-11-EP, Sentencia No. 0045-13-SEP-CC.
37. Sentencia No. 081-13-SEP-CC, N. 33, p. 9.
38. Ibídem. La Corte estableció: "En consecuencia, se advierte que el derecho al debido proceso, respecto de la garantía de poder recurrir el fallo, alegado por el legitimado activo, no ha sido vulnerado, pues como se puede evidenciar, este ha podido plantear recuso de nulidad del laudo arbitral impugnado y además plantear recurso extraordinario de casación, los mismos que le resultaron adversos a sus intereses; es decir, en ningún momento se lo ha dejado en indefensión."
39. Corte Constitucional del Ecuador. Caso No. 1542-11-EP, RO Sup. No. 222, 09/04/2014, sentencia de 19/12/2013.

dejó sin efecto sentencia de nulidad de laudo impugnada y dispuso que sea conocida por el presidente subrogante de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

La Corte determinó que "los procesos de solución de conflictos previstos por el sistema arbitral en el contexto del Estado constitucional de derechos y justicia, enfrentan el desafío de constitucionalizarse"[40], y que "no está efectuando un análisis sobre cómo el tribunal arbitral debió haber valorado aquellos elementos probatorios" sino que lo importante es el acompañamiento de un argumento lógico[41].

En esta sentencia la Corte confirmó que la sentencia que resuelve una acción de nulidad es constitucionalmente impugnable mediante una acción extraordinaria de protección[42] y que un laudo arbitral "debe ser impugnable mediante acción extraordinaria de protección cuando durante el proceso arbitral o en el laudo se han vulnerado derechos constitucionales o el debido proceso"[43].

La Corte reiteró que la acción extraordinaria de protección no es un mecanismo ordinario que pueda ser usado para corregir errores de fondo o de forma[44], pero indicó que la vulneración de derechos constitucionales puede producirse por el órgano jurisdiccional que efectúa el control del laudo, así como por el tribunal arbitral[45].

40. Ídem, pp. 7-8: "(…) aquellos procedimientos tendientes a solucionar conflictos o controversias previstos en la Ley de Arbitraje y Mediación y normas conexas, deben observar y aplicar los principios y garantías constitucionales, sin que aquellos signifique una invasión inadecuada de los aspectos de fondo del asunto sometido al arbitraje y que procura una solución mediante la expedición de un laudo arbitral. Dicho en otras palabras, los procesos de solución de conflictos previstos por el sistema arbitral en el contexto del Estado constitucional de derechos y justicia, enfrentan el desafío de constitucionalizarse, aplicando de manera integral los principio, normas y reglas constitucionales a estos métodos, pero fundamentalmente conservando la esencia y naturaleza del sistema arbitral (…)".
41. Ídem, p. 15.
42. Ídem, p. 8.
43. Ídem, p. 9.
44. Ídem, p. 10. "La Corte Constitucional reitera que la acción extraordinaria de protección no es un mecanismo de impugnación ordinario tendiente a corregir errores en la sustancia (errores *in iudicando*) o en la forma (errores *in procedendo*) de la causa o resolución arbitral, pues aquellos deben ajustarse a los mecanismos de impugnación ordinarios previstos en el ordenamiento jurídico y resueltos por la autoridad competente".
45. Ibídem.

Adicionalmente, la Corte consideró que:

> [L]as transgresiones y vulneraciones a derechos constitucionales y al debido proceso podrían producirse en la etapa prearbitral, establecidas para el arbitraje administrado de acuerdo al artículo 2 de la Ley de Arbitraje y Mediación y que se refiere a las competencias de los artículos 10, 11, 12, 13, 15, 17, 21 letra a) y letra b) de la LAM otorgan al Director o Directora del Centro de Arbitraje[46].

Respecto a esta última afirmación, resulta evidente la posición de la Corte Constitucional de que todo sería constitucionalmente controlable, o al menos todo acto o foro donde potencialmente puedan producirse violaciones a derechos constitucionales.

3.8 Sentencia No. 173-14-SEP-CC[47]

El caso se originó con el rechazo de una acción de nulidad. La apelación de esta sentencia también fue rechazada, ante lo cual se presentó recurso de casación, el cual fue negado, al igual que el posterior recurso de hecho interpuesto. Agotados todos estos recursos, mediante una acción extraordinaria de protección, se impugna el auto por el cual se niega el recurso de hecho en contra del auto que a su vez niega el recurso de casación[48].

Interesantemente, en esta sentencia la Corte estableció que:

> [L]a acción de nulidad surge como consecuencia de las causales previstas en el artículo 31 respecto del laudo arbitral, *lo cual no genera ni da lugar a considerar que la acción de nulidad es una acción independiente del laudo que tiene un trámite adicional*

46. Ibídem.
47. Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1114-12-EP, RO Sup. No. 406, 30/12/2014, sentencia de 15/10/2014.
48. La Corte Provincial negó el recurso de hecho considerando que "el recurso de hecho procederá cuando se haya negado el trámite del recurso de casación únicamente en los procesos de conocimiento y por cuanto el presente proceso no es de aquellos que pone fin a un proceso, se niega el recurso de hecho (…)".

al previsto en el artículo mencionado, ya que por el contrario surge de este, conforme lo determinado en la ley.

Siendo así, la restricción impuesta en el artículo 30 –inapelabilidad laudo arbitral– genera un efecto directo también en la acción de nulidad, *ya que caso contrario la Ley hubiera establecido la facultad de recurrencia de la sentencia que resuelva dicha acción.* (Énfasis añadido)

Continuando con su argumentación, la Corte hace referencia a la sentencia N.° 081-13-SEP-CC[49], determina que "existen disposiciones expresas que conforme lo manifestado impiden la presentación de recursos adicionales a la acción de nulidad respecto de laudos arbitrales"[50] y que "los jueces se sujetaron a lo dispuesto tanto en la normativa constitucional como legal que regula esta clase de procedimiento por lo que no existe vulneración del derecho constitucional (…)"[51].

La Corte aprovecha para reiterar que el derecho a recurrir no es absoluto[52] y que el que la ley no prevea la posibilidad de presentar recursos no implica una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, "sino por el contrario, implica el acceso a la justicia bajo un marco de certeza jurídica"[53].

Finalmente la Corte determina que el negar el recurso de hecho, amparándose en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, los jueces "no establecieron una restricción que no se en-

49. Ídem, p. 11. La Corte estableció: "Este criterio fue sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia No. 081-13-SEP-CC, en la que al analizar un auto dictado por la Sala de Conjueces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia que inadmitía a trámite un recurso de casación propuesto en contra de una acción de nulidad, al considerar a esta como un recurso incidente, esta Corte señaló: Una de las características principales del proceso arbitral, es la establecida en el artículo 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el cual señala que los laudos arbitrales son inapelables; por lo que, las partes, al aceptar someterse a un proceso arbitral, aceptan someterse a la decisión de estos adoptada".
50. Ibídem. La Corte también señaló que "(…) existe una disposición constitucional que establece que estos procedimientos se efectuarán con sujeción a la ley, y en efecto existe una ley que regula expresamente los recursos que caben respecto de un laudo arbitral."
51. Ibídem.
52. Véase, sentencia No. 173-14-SEP-CC, N. 47, pp. 12-13. Véase Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 008-13-SCN-CC, de 14/03/2013, RO Sup. No. 915, 19/03/2013: "Sin embargo, aun cuando el derecho a un doble pronunciamiento es un derecho constitucional, esto no significa que el legislador deba establecer recursos en todo proceso (…)".
53. Véase, sentencia No. 173-14-SEP-CC, N. 47, p. 13.

cuentre determinada por la normativa jurídica, ya que conforme lo dicho, la misma Ley expresamente es la que restringe la posibilidad de recurrir dentro de los procesos de arbitraje y mediación"[54] y declara que no existe vulneración de derechos constitucionales y niega, por lo tanto, la acción extraordinaria de protección planteada.

3.9 Sentencia No. 113-15-SEP-CC[55]

Este caso tiene como precedente un primer laudo arbitral que fue anulado porque uno de los árbitros no se encontraba en el país a la fecha en la que se expidió. El segundo laudo fue impugnado directamente mediante acción extraordinaria de protección, solicitando previa y únicamente la aclaración del laudo, la cual fue rechazada.

La Corte aplicó la sentencia No. 123-SEP-CC, que determinó que un laudo arbitral es impugnable mediante acción extraordinaria de protección, e indicó que "se vulneró el derecho al debido proceso respecto de la garantía de ser juzgado por juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento"[56].

En su fallo, la Corte Constitucional declaró la vulneración del derecho al debido proceso y el derecho a la seguridad jurídica[57], aceptó la acción extraordinaria de protección y dejó sin efecto el segundo laudo expedido. Ordenó finalmente retrotraer el procedimiento arbitral hasta la audiencia de sustanciación de la demanda, "mediante la cual se declaró competente sin determinar el alcance de su competencia en relación a las cláusulas arbitrales invocadas ni el trámite propio del procedimiento (…)"[58].

54. Ídem, p. 14.
55. Corte Constitucional del Ecuador, RO Sup. No. 510, 28/05/2015, Caso No. 0543-14-EP, sentencia de 08/04/2015.
56. Ídem, p. 21. Véase, CRE, N. 1, Art. 76, numeral 3.
57. Véase, CRE, N. 1, Arts. 76 y 82.
58. Véase, sentencia No. 113-15-SEP-CC, N. 55, pp. 25-26.

Este caso evidencia nuevamente la posibilidad de impugnar un laudo arbitral directamente mediante una acción extraordinaria de protección y, al mismo tiempo, cómo un proceso arbitral puede incurrir en irregularidades que derivan en una prolongación preocupante en la resolución de controversias[59].

3.10 Sentencia No. 124-15-SEP-CC[60]

La Corte Constitucional trató dos casos acumulados relacionados con el rechazo de recursos de casación interpuestos por un Ministerio y la Procuraduría General del Estado, derivados a su vez de la negativa de la acción de nulidad de laudo, sentencia que a su vez fue apelada y cuyo fallo confirmó la sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial.

Se rechazaron los recursos considerando que la sentencia objeto del recurso de casación no proviene de un juicio de conocimiento y porque los laudos arbitrales no son susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la Ley de Arbitraje y Mediación. Ante esta posición se alegó que al rechazar los recursos de casación y de hecho se vulneró el derecho al debido proceso y, en particular, el derecho a la defensa y el derecho a ser oído[61].

La Corte Constitucional aclaró que no todo tipo de restricción a instancias o etapas procesales superiores constituye necesariamente una afectación al derecho al debido proceso y que la vulneración se produce cuando:

59. El primer laudo fue expedido el 13 de marzo de 2009; el segundo laudo, el 20 de enero de 2014; y, la sentencia de la Corte que resolvió retrotraer todo lo actuado hasta la audiencia de sustanciación de la demanda, es de fecha 8 de abril de 2015.
60. Corte Constitucional del Ecuador, RO Sup. No. 516, 05/06/2015, Casos No. 1279-11-EP y 1280-11-EP acumulados, sentencia de 22/04/2015.
61. Ídem, p. 6. Se indica que la Procuraduría General del Estado señaló que tanto la Corte Nacional de Justicia como la exCorte Suprema de Justicia han aceptado a trámite recursos de casación tales como los procesos: 546-10 (Municipio de Quito en contra de la Compañía Constructora GAR S.C.C.); 292-07 (Senatel en contra de Otecel S. A., y Conecel S. A.); 57-07 (Transinvest S. A., Seguranza Cía. Ltda., y Metromedical Cía. Ltda., en contra de GMI Financial Group INC.); 106-2007 (Pacifictel contra Nedertel).

> [E]xistiendo la posibilidad de acceder a una etapa o instancia superior a través de un recurso previsto en el ordenamiento jurídico, la autoridad judicial impide conceder a alguna de las partes procesales dicha impugnación por decisiones injustificadas o irrazonables[62].

La Corte realiza la distinción entre la imposibilidad de formular recurso de apelación en contra de laudos arbitrales y la acción de nulidad de laudo[63]. Acordemente, diferencia "la posibilidad de presentar un recurso de casación en contra de la sentencia que fue dictada en segunda instancia […], al resolver la acción de nulidad planteada"[64]. Así, considera la Corte, que se "han denegado injustificadamente los recursos de casación solicitados […], más aún cuando las partes intentaron activar el recurso de hecho o recurso de queja para que tal petitorio sea atendido […]"[65] y calificó a esta negativa como irrazonable e injustificada[66].

Finalmente, la Corte declaró la vulneración de derechos constitucionales, dejó sin efecto los autos impugnados, y dispuso que las causas sean remitidas a la Corte Nacional de Justicia "a fin de que el tribunal de casación resuelva lo que en derecho corresponda"[67].

3.11 Sentencia No. 270-15-SEP-CC[68]

Esta sentencia refleja un interesante escenario que podría contrarrestar el potencial uso abusivo de la acción extraordinaria de protección en materia arbitral. Una entidad pública y la Procuraduría General del Estado impugnaron, mediante acción extraordinaria de protección, un auto dictado por un tribunal

62. Ídem, p. 15.
63. Ídem, p. 16.
64. Ídem, p. 17.
65. Ídem, p. 18.
66. Ídem, p. 19.
67. Ibídem.
68. Corte Constitucional del Ecuador, RO Sup. No. 607, 14/10/2015, Caso No. 1945-11-EP, sentencia de 19/08/2015.

arbitral que resolvió negar la solicitud de revocatoria de la providencia en la cual dispuso que, en virtud de la acción de nulidad de laudo interpuesta, se realice el pago de una importante caución[69].

El Tribunal advirtió que, de no hacerlo, se remitiría el proceso a la Corte Provincial de Justicia sin orden de suspensión de laudo arbitral, ante lo cual se interpuso la acción extraordinaria de protección. Se solicitó a la Corte Constitucional que se declare la vulneración de derechos fundamentales y, adicionalmente, la falta de competencia del Tribunal Arbitral, por no existir el pronunciamiento favorable previo de la Procuraduría General del Estado.

De esta manera, la Corte entró a revisar la decisión del tribunal arbitral y concluyó que el auto superó satisfactoriamente el test de motivación, toda vez que este es razonable, lógico y comprensible[70]. Además, concluyó no se debía contar con el pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado porque a la fecha de suscripción del contrato (2005) se observó la normativa constitucional vigente, que no lo requería[71]. En consecuencia, la Corte Constitucional declaró que no existió vulneración de derechos constitucionales y negó la acción extraordinaria de protección.

4. Eclecticismo en la Corte

De las sentencias señaladas, es evidente que en un inicio la Corte Constitucional adoptó una postura más favorable hacia el arbitraje. Se estableció que el procedimiento de anulación de un

69. El tribunal arbitral, de conformidad con el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, fijó la caución en $244.771,80 USD para suspender los efectos del laudo arbitral. Se indica que el tribunal estimó los posibles daños derivados de la demora en la ejecución del laudo arbitral, tomando en cuenta la tasa de interés legal establecida por el Banco Central del Ecuador, sobre un período de 36 meses, porque así comprendería el estimado para resolver la acción de nulidad más 18 meses adicionales en caso de interponerse otros recursos.
70. Véase sentencia No. 124-15-SEP-CC, N. 61, pp. 15-17.
71. Ídem, p. 19.

laudo no es el ordinario –con lo cual coincidía la Procuraduría General del Estado– que los medios alternativos de solución de controversias no deben incurrir en los mismos "vicios que, lamentablemente, afectan a la administración de justicia"[72] y además se defendieron los principios *in dubio pro arbitri* y *Kompetenz-Kompetenz*[73].

Más tarde, debido al uso de la acción extraordinaria de protección como medio de impugnación, la Corte Constitucional señaló que esta no constituye una instancia adicional; sin embargo, determinó que debe respetarse su naturaleza extraordinaria y residual.[74] A pesar de esta precisión, todavía no estaba del todo claro qué acciones o recursos debían agotarse para que prospere una AEP y se abrió la posibilidad de impugnar laudos arbitrales directamente, cuando aquello que se impugnaba resultaba de una violación constitucional que no era objeto de una acción de nulidad (e.g. motivación)[75].

Luego, la Corte Constitucional indicaría expresamente que los laudos arbitrales son impugnables por medio de la acción extraordinaria de protección y que la acción de nulidad debía ser agotada, salvo que esta no fuera adecuada o eficaz[76]. Esta postura, aunque criticada, dio más claridad al criterio que tendría la Corte al admitir o no una AEP. No se aclaró la duda relativa al agotamiento de recursos como la apelación y casación, pero la posibilidad de acceder a estos recursos incidiría en la aceptación o rechazo de una AEP[77], aunque también se dejó clara la posibilidad de impugnar un laudo directamente[78].

La Corte reafirmaría posteriormente su postura de que el sistema arbitral enfrenta "el desafío de constitucionalizarse"[79], pero

72. Véase, sentencia Caso No. 0008-2008-DI, N. 19.
73. Véase, sentencia No. 0006-10-SEP-CC, N. 23.
74. Véase, sentencia No. 063-12-SEP-CC, N. 24.
75. Véase, sentencia No. 155-12-SEP-CC, N. 27.
76. Véase, sentencia No. 169-12-SEP-CC, N. 28.
77. Véase, sentencia No. 081-13-SEP-CC, N. 33.
78. Véase, sentencia No. 113-15-SEP-CC, N. 55.
79. Véase, sentencia No. 123-13-SEP-CC, N. 39.

seguidamente al parecer cambiaría de criterio al establecer que la inapelabilidad de un laudo arbitral "genera un efecto directo también en la acción de nulidad, ya que caso contrario la Ley hubiera establecido la facultad de recurrencia de la sentencia que resuelva dicha acción"[80].

Resulta extremadamente interesante este breve cambio de postura, especialmente porque basándose en el mismo argumento de que el derecho a recurrir no es absoluto, entre otros, se llegan a conclusiones opuestas. Por un lado, la Sentencia No. 173-14-SEP-CC argumenta que la negativa de un recurso de hecho –que buscaba la casación de una sentencia que rechazó la apelación de una acción de nulidad– no vulneró derechos. Adicionalmente, no es menos interesante señalar que quien interpuso la AEP en este caso fue un particular, en contra de una entidad pública a la que favoreció un laudo arbitral. Esta decisión seguiría la línea argumental del caso No. 0008-2008-DI, aunque al parecer ha sido olvidado por la Corte.

Por otro lado, y con menos de un año de diferencia, la Corte Constitucional, distinguiendo la imposibilidad de formular recurso de apelación en contra de laudos arbitrales y la acción de nulidad de laudo, sostuvo que se produciría una vulneración de derechos cuando, existiendo la posibilidad de "acceder a una etapa o instancia superior a través de un recurso previsto en el ordenamiento jurídico", se impide injustificadamente este acceso. En el caso en mención se consideró que hubo tal vulneración al haber denegado injustificadamente los recursos de casación solicitados por un Ministerio y la Procuraduría General del Estado[81].

Finalmente, la Corte consideró que no hubo violación de derechos constitucionales en la fijación de una importante caución con motivo de la interposición de una acción de nulidad.[82] Esta decisión representa una solución muy oportuna y un incentivo muy fuerte frente al potencial abuso de la acción de nulidad de

80. Véase, sentencia No. 173-14-SEP-CC, N. 47.
81. Véase, sentencia No. 124-15-SEP-CC, N. 61.
82. Véase, sentencia No. 270-15-SEP-CC, N. 69.

laudo y de otros potenciales recursos en contra de las sentencias o decisiones relacionadas con su nulidad. Si la decisión de un tribunal se encuentra debidamente motivada, la exigencia de una caución –sin la cual se remitiría la causa a la Corte Provincial sin orden de suspensión del laudo– obligaría a las partes a analizar detenidamente los méritos de su caso. Adicionalmente, la LAM solo prevé la suspensión de la ejecución de un laudo rindiendo caución para quien interpone la acción de nulidad, lo cual no incluiría la interposición de una acción extraordinaria de protección. Sin embargo, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece expresamente que la admisión de la acción extraordinaria de protección "no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción"[83].

5. Conclusión

De los casos expuestos se evidencia un tratamiento diferenciado a la acción extraordinaria de protección en el sistema arbitral ecuatoriano. Si bien ahora es claro que es posible impugnar directamente un laudo e incluso otras providencias de un tribunal arbitral, todavía no se resuelve el antiguo debate sobre la admisibilidad y procedencia de recursos ordinarios o extraordinarios en contra de las sentencias que resuelven la nulidad de un laudo. Es pertinente la diferenciación y puntualizaciones en el ámbito legal (e.g. que la inapelabilidad prevista por la LAM es del laudo y no de la sentencia que resuelve su nulidad, etc.) y constitucional (e.g. que no se deben agotar todos los recursos ordinarios y extraordinarios para que sea admisible una AEP, a menos que sean ineficaces o inadecuados). No obstante, uno de los principales problemas que deben atacar las cortes es la incertidumbre y la inseguridad jurídica, lo cual ha repercutido directamente en la admisibilidad y posterior aceptación o rechazo de acciones extraordinarias de protección y en la administración de justicia en general.

83. LOGJCC, N. 11, Art. 62.

La misma Corte Constitucional –en el olvidado caso No. 0008-2008-DI– advirtió que los métodos alternativos de solución de controversias "son mecanismos que pretenden evitar que se incurra en los mismos vicios que, lamentablemente, afectan a la administración de justicia"[84], lo que se concreta con el establecimiento de procedimientos extremadamente largos y sentencias inconsistentes, incompatibles con la búsqueda de soluciones oportunas y ágiles[85]. Las reglas deben ser claras y no es posible que se las aplique con beneficio de inventario dependiendo de quién intervenga. De igual forma, el arbitraje no se encuentra excluido de la aplicación de la Constitución y los tribunales arbitrales y cortes que resuelvan acciones de nulidad deberán respetarla en las mismas condiciones y bajo los mismos parámetros. El principal reto entonces es determinar si la acción extraordinaria de protección efectivamente aporta a la eficaz administración de justicia en el sistema arbitral.

Es posible que en un arbitraje puedan haber violaciones de carácter constitucional, pero deben haber procedimientos más eficientes, con reglas claras y condiciones suficientes que permitan que no se pierdan los beneficios del arbitraje. De lo contrario, la Corte Constitucional, en lugar de tratar casos que en verdad ameritan un control constitucional, terminará inundada de acciones extraordinarias de protección que no buscan sino impugnar decisiones meramente comerciales disfrazadas de constitucionales. Similarmente, la falta de celeridad, consistencia y armonía entre y dentro de las cortes perjudica a todo el sistema de administración de justicia, lo cual no solo afecta a este ámbito, sino a todo el país en general.

84. Véase, sentencia Caso No. 0008-2008-DI, N. 19.
85. Ibídem.

TABLA 1: Tratamiento de las acciones extraordinarias de protección

CORTE		**CASO**														
		1	**2**	**3**	**4**	**5**	**6**	**7**	**8**	**9**	**10**	**11**	**12**	**13**	**14**	**15**
CORTE CONSTI-TUCIO-NAL	**Acción extraordinaria de protección**															
	DF	**R**	**R**	**R**	**A**	**A**	**R**	**P**	**R**		**P**	**P**	**P**			**P**
	DA	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	×	✓	✓	✓	×	×	✓
CORTE NACIO-NAL	**Casación**															
	DF		**R**					**R**			**R**					
	DA		✓		**CP:** × ⊙ •• ×		**CP:** × •• ×	**CP:** × •• **CN:** ✓	**CN:** ×	**CP:** × •• **NC:** × ⊙	**CP:** × •• **NC:** ✓		**CP:** × ⊙			
CORTE PROVIN-CIAL	**Apelación**															
	DF		**R**		**R**		**R** ⊙						**R**			
	DA		✓		✓	× •	✓			×		× • **NC:** ×	✓			
	Acción de nulidad															
	DF		**R**	**R**	**R** ⊙	**A**	**R**	**R**	**R**	**R**	**R**	**R**	**R**		**A**	
	DA	×	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓		✓	
														⊙		
	Laudo arbitral															

* Información actualizada hasta diciembre de 2015.					
⊙	Aclaración y ampliación solicitada y negada.				
••	Recurso de hecho en contra de negativa de casación.				
•	Recurso de hecho en contra de negativa de apelación.				
✓	Admitida	**CP**	Corte Provincial	**A**	Aceptada
×	No admitida	**CN**	Corte Nacional	**R**	Rechazada
DF	Decisión sobre el fondo	**DA**	Decisión admisión	**P**	Decisión pendiente

Caso	**No.**	**Caso**	**No.**	**Caso**	**No.**
1	1037-10-EP	**7**	1441-12-EP	**13**	1000-13-EP
2	1443-10-EP	**8**	0091-13-EP	**14**	1053-13-EP
3	1568-10-EP	**9**	0501-13-EP	**15**	1338-13-EP
4	1279/1280-11-EP	**10**	0518-13-EP	--------------	--------------
5	1542-11-EP	**11**	0879-13-EP	--------------	--------------
6	1114-12-EP	**12**	0880-13-EP	--------------	--------------

El Código Orgánico General de Procesos: puente u obstáculo para la ejecución de un laudo arbitral extranjero en el Ecuador*

*María del Carmen Crespo***

Recibido/Received: 11/01/2016
Aceptado/Accepted: 19/08/2016

PALABRAS CLAVE: Ejecución, Reconocimiento Laudo extranjero, Convención de Nueva York, Código Orgánico General de Procesos, conflicto de normas.

KEYWORDS: Enforcement, Recognition of foreign arbitral awards, New York Convention, General Procedure Organic Code, conflict of laws.

* Las ideas presentadas en este artículo son reflexiones realizadas desde una perspectiva abstracta y con un enfoque puramente académico. Todas las direcciones de páginas de internet citadas han sido visitadas por última vez el 10/01/2016.

** Reportera para International Arbitration Case Law, Coordinadora Regional de AMCHAM YAP, Mediadora. Abogada por la Universidad del Azuay, Especialista Superior en Derecho Ambiental Internacional por la Universidad de Berkeley–California, Magíster de Investigación en Derecho con mención Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

M. Crespo, "El Código Orgánico General de Procesos: puente u obstáculo para la ejecución de un laudo arbitral extranjero en el Ecuador", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 2015.

RESUMEN: El reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros implica la coordinación entre normas de carácter internacional y local. En el Ecuador históricamente el procedimiento de homologación y ejecución no ha estado esclarecido en el derecho local y las recientes reformas al sistema procesal parecen haber complicado aún más el panorama. Si bien el Ecuador es suscriptor de la Convención de Nueva York y esta debe surtir efecto como parte del sistema jurídico nacional, hay contradicciones de orden constitucional y legal que parecerían alterar sus disposiciones. En este marco de conflicto normativo, la aplicación técnica de los métodos de resolución de antinomias parecerían favorecer la vigencia de la Convención de Nueva York. Sin embargo de este análisis, no hay aún constatación práctica de casos que pueda generar precedentes jurisprudenciales esclarecedores.

ABSTRACT: Recognition and enforcement of foreign awards involves coordination between international and local laws. In Ecuador, historically the recognition and execution procedure has not been clarified in local law and recent reforms to the general rules of civil procedure seem to have further complicated the picture. While Ecuador is a signatory of the New York Convention and it should have effect as part of the national legal system, there are contradictions of constitutional and legal order that would seem to alter its provisions. In this conflicted regulatory framework, technical implementation of the resolution methods for antinomies should favor the validity of the New York Convention. Notwithstanding this analysis, there is still a lack of practical cases that can generate enlightening precedent.

1. Introducción y planteamiento del problema

Viajar y traspasar fronteras pueden ser catalogadas como las actividades más placenteras para la mayoría de personas, mien-

tras que para otras puede resultar todo un dolor de cabeza. Independientemente del grado de satisfacción que esta actividad pueda producir; a consecuencia de la globalización, el emprender viajes es una actividad cada vez más común, y hay cosas básicas que todo viajero debe saber antes de partir. Lo primero será conocer el destino y los requisitos de ingreso a ese país, posteriormente habrá que escoger el medio de transporte más adecuado, y por último, pero no menos importante, no olvidar la maleta y el dinero que se va a necesitar.

En la actualidad y gracias al desarrollo de los negocios internacionales, no solamente son las personas quienes traspasan fronteras y deben cumplir con los requisitos exigidos por el país de destino, sino también lo son ciertos instrumentos como los laudos extranjeros. Generalmente un proceso arbitral concluye con la emisión de este documento, y se espera que lo resuelto por los árbitros sea cumplido voluntariamente por las partes, sin embargo, en el caso de que esto no suceda, es necesario recurrir a cortes nacionales para exigir aquel cumplimiento.

Con relación a laudos nacionales se debe solicitar su ejecución ante las cortes del lugar en el que fue sede del arbitraje, sin que exista mayores problemas al respecto. No obstante esto no es tan simple con laudos emitidos en el extranjero, y es cuando el viaje se puede volver tormentoso. Por la propia naturaleza del arbitraje internacional, en casi todos sus casos la sede arbitral no coincide con los países en los que el demandante ni el demandado residen, hecho que genera ciertas interrogantes acerca del procedimiento de ejecución de un laudo internacional. Frente a las dudas que pueden seguir, a nivel internacional existen tratados y convenios que pretenden establecer parámetros de uniformidad aplicables para el procedimiento mencionado.

Para el presente viaje el destino es el Ecuador, país en donde para muchos "los requisitos de ingreso" más que dolores de cabeza, han causado jaquecas. Esto se debe a que el Estado Ecuatoriano, si bien, ha ratificado diversos instrumentos internacionales

relacionados a la materia, cuenta con una ley especial que rige para temas arbitrales y recientemente se promulgó el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), en el que se incluyó un capítulo relacionado con sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero.

En este contexto, previo a que el viajero defina su medio de transporte y lo que incluirá en su maleta, al revisar todo lo que debe cumplir y dónde hacerlo, puede verse tentado a cambiar de destino. Empero, antes de negarse a apreciar las maravillas del Ecuador y sus normas, resulta necesario analizar precisamente si existe coherencia entre las varias normas locales que inciden en el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero, su pertinencia y respectiva aplicación. En el marco teórico que nos permitirá realizar ese análisis, y responder si el Código Orgánico General de Procesos es un puente o un obstáculo para la ejecución de un laudo extranjero en el Ecuador, se realizarán [2] puntualizaciones conceptuales relacionadas con un laudo extranjero; luego se analizará la [3] normativa vigente en el Ecuador para el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero; y en base a las mismas, se concretará acerca de la [4] coherencia normativa entre la Convención de Nueva York, la Ley de Arbitraje y Mediación y el Código Orgánico General de Procesos.

2. Puntualizaciones conceptuales relacionadas con un laudo extranjero

El procedimiento arbitral puede terminar por varios motivos, pero básicamente existen dos posibilidades. La una es denominada normal, cuando un árbitro resuelve la controversia mediante la emisión de un laudo, y la otra es por terminación anormal, en la que por diversos hechos el árbitro no emite un criterio que ponga fin al conflicto[1]. El laudo arbitral es un acto decisorio que resuelve una controversia, debe estar motivado y

1. J. F. Merino Merchán, y J. M. Chillón Medina, *Tratado de Derecho Arbitral*, 3ra. Ed., Thomson Civitas, 2006, p. 645.

cumplir con ciertas formalidades; según el profesor Salcedo Verduga, "tanto por su contenido formal como por el sustancial, el laudo equivale a una verdadera sentencia y, por esta razón, su alcance y efectos son idénticos[2]". Acertadamente el autor hace referencia solo a los efectos, ya que si bien entre las principales características del laudo es que tiene fuerza de cosa juzgada formal y material, y su ejecución solamente puede ser ordenada por jueces, en su naturaleza jurídica, los dos no son iguales.

De igual manera en razón de la naturaleza del arbitraje internacional, resulta imprescindible distinguir el origen del laudo para determinar su procedimiento de ejecución. Por esta razón "la diferenciación entre arbitraje nacional e internacional es muy importante, ya que se rigen por normas distintas; mientras el primero se rige por la legislación interna de un Estado, el segundo está regulado principalmente por instrumentos internacionales de derecho privado"[3].

La Ley de Arbitraje y Mediación[4] asume una posición mixta al adoptar la mayoría de elementos que la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI exige para que un arbitraje se considere internacional. Algunos elementos comunes entre los dos cuerpos normativos a tomarse en consideración son: el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga relación con un determinado estado. Por otro lado, cuando la sede del arbitraje esté localizada fuera del Ecuador, es decir en un país extranjero (independientemente de cualquier otro factor de conexión), este arbitraje será considerado como un arbitraje extranjero, ya que conforme la ley que regula la materia, la sede del tribunal arbitral y el laudo tienen lugar fuera del territorio nacional[5].

2. E. Salcedo Verguda, *El arbitraje, la justicia alternativa*, Distrilib, 2007, p. 257.
3. X. Andrade Cadena, "Las Ventajas del Arbitraje Internacional: Una Perspectiva Ecuatoriana", *Revista de Derecho Comparado*, No. 11, 2005.
4. Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), Artículo 41, RO No. 147, 14/12/2006.
5. Para efectos del presente estudio se utilizará la clasificación de arbitraje nacional e internacional, incluyendo dentro de este último a un arbitraje extranjero y se utilizará la denominación laudo extranjero, a pesar de las peculiaridades de cada uno de ellos ya que su análisis profundo nos alejaría del objeto de este trabajo.

Si bien se acepta de manera general que "las resoluciones que no sean dictadas en el territorio del país en donde se pretende tengan vigor, […] no gozan inicialmente de la misma eficacia que las proferidas por los tribunales nacionales[6]"; en el supuesto de existir un instrumento internacional aplicable para un caso en particular, se debe estar a lo dispuesto ese instrumento. Al ser el contenido del mismo ratificado por el Estado, se demuestra la voluntad estatal de cumplirlo, pudiendo en ciertas ocasiones, aceptarse la ejecución directa de una resolución internacional obviando el procedimiento de reconocimiento. Lo dicho tiene lógica en razón de que la fuente más certera y confiable del derecho internacional está constituida por los tratados, y por ello, las cortes se ven abocadas a cumplirlos.

Para la ejecución de laudos extranjeros, el instrumento multilateral que ha sido ratificado por la mayoría de países del mundo es la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958[7]. Este tratado internacional establece la obligación a los Estados suscriptores de reconocer y ejecutar un laudo emitido fuera de su territorio, y resulta relevante debido a que su irradiación lo convierte en un cuerpo normativo universal para el arbitraje internacional[8]. Si bien la Convención hace referencia al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, estos términos no son sinónimos. El reconocimiento "[…] es el proceso que vuelve a los laudos arbitrales parte del sistema legal nacional[9]", y "la ejecución de un laudo es el acto judicial, obligatorio y forzoso por el cual un juez hace efectiva la decisión de los árbitros sobre la materia controvertida, utilizando para ello todas las medidas que la legislación contemple[10]".

6. V. Aguirre, "La ejecución de los laudos internacionales en Ecuador y el Código Orgánico General de Procesos", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6, 2014, p. 83.
7. Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York/Convención) (1961), RO No. 43, 29/12/1961.
8. J. F. Merino Merchán, J. M. Chillón Medina, N. 1, p. 1801.
9. International Council for Commercial Arbitration, "*Guía del ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958: un manual para jueces*", International Council for Commercial Arbitration, 2013, p. 9.
10. X. Andrade Cadena, "*Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros en el Ecuador: Un Camino Inexplorado*" <http://goo.gl/EEO1v4> (10/01/16).

De manera global, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano los principales instrumentos normativos relacionados con el tema analizado son la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional[11]; la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros[12]; la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras; la Ley de Arbitraje y Mediación[13] –LAM– y el Código Orgánico General de Procesos[14]. Previa a la promulgación del COGEP, el Código de Procedimiento Civil debía contener las normas supletorias aplicables para la ejecución de un laudo extranjero, sin embargo, a consecuencia de la deficiente regulación del tema se generaron más interrogantes que respuestas.

De acuerdo con lo establecido por varios autores, no es posible definir el derecho considerando aisladamente a la norma, por lo que es necesario ampliar el horizonte para tomar en consideración el modo por el cual existe una organización que determina su eficacia, las sanciones, las personas que deben aplicarlas y la ejecución; organización que es el resultado de un ordenamiento jurídico[15]. Al existir dentro de nuestro sistema varias normas relacionadas con el procedimiento aplicable al reconocimiento y ejecución de un lado extranjero, no se puede aislar a un solo cuerpo normativo para entenderlo; por lo que será necesario analizar todas las normas relevantes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y así determinar su coherencia.

11. RO No. 875, 14/02/1992.
12. RO No. 240, 11/05/1982.
13. RO No. 417, 14/12/2006.
14. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), RO Sup. No. 506, 22/05/2015.
15. Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, Temis, 1999, p. 143.

3. Normativa vigente en el Ecuador para el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero

El sistema jurídico ecuatoriano se encuentra estructurado de manera general conforme a lo establecido por Hans Kelsen. Según el mencionado autor el sistema jurídico "no es un conjunto de normas vigentes, unas al lado de otras, sino una pirámide o jerarquía de normas supremas o subordinadas unas a otras, superiores o inferiores"[16]. Para el autor existe una norma fundamental, que es "el punto de partida del procedimiento de creación positiva del derecho"[17].

En el contexto ecuatoriano, la norma fundamental es la Constitución de la República del Ecuador, ya que se establece que esta es la norma suprema y que prevalecerá sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico[18]. Con relación a la jerarquía normativa, la Constitución determina expresamente que el orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: la Constitución, los tratados y convenios internacionales, las leyes orgánicas, las leyes ordinarias, las normas regionales y las ordenanzas distritales, los decretos y reglamentos, las ordenanzas, los acuerdos y las resoluciones, y los demás actos y decisiones de los poderes públicos[19].

A partir de esta jerarquización constitucional, se analizarán las normas relacionadas con el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero en el Ecuador hasta el nivel de las leyes. En la etapa de análisis de los tratados internacionales solamente se profundizará acerca de la Convención de Nueva York, al ser el instrumento internacional más importante de la materia y constituir la base de las otras dos convenciones previamente mencionadas.

16. H. Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, 1963, citado por F. Ost; M.Van der Kerchove. *Elementos para una Teoría Crítica del Derecho*, Universidad Nacional de Colombia, 2001, p. 117.
17. F. Ost; M.Van der Kerchove, N. 11.
18. Constitución de la República del Ecuador, Artículo 424, RO No. 449, 20/10/2008.
19. Ídem, Artículo 425.

3.1 Constitución de la República del Ecuador

En el artículo 190 se reconoce al arbitraje como un método válido para la solución de controversias, disponiendo que sus procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley. Posteriormente en el artículo 422 se establece una prohibición de celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado Ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios.

Independientemente de ciertas premisas jurídicas, que a criterio de varios autores son incorrectas[20], en el presente trabajo se enfocará solamente la limitación que tiene el Estado de participar en arbitrajes internacionales, contractuales o comerciales; la cual no es absoluta y tiene dos excepciones marcadas. La primera que se encuentra desarrollada en la misma norma, ya que acepta arbitrajes regionales producto de un tratado o instrumento internacional entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica; y la segunda, que se deduce de la prohibición de participar en arbitrajes internacionales de índole comercial, dejando abierta la posibilidad de participar en otro tipo de arbitrajes internacionales, como los que surgen de la violación de un tratado internacional de inversiones. En estos dos casos también se genera la obligación del Estado de reconocer un laudo extranjero resultado de estos procesos arbitrales internacionales.

20. Véase un análisis a profundidad del artículo 422 de J. M. Marchán, *El tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana*, disponible en <http://goo.gl/Iaxjre> (10/01/2016).

3.2 Tratados y convenios internacionales

Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras

El Ecuador suscribió la Convención de Nueva York bajo reservas; por esta razón el Estado solo la aplicará para el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros bajo el principio de reciprocidad[21] y a controversias derivadas de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas como comerciales por su derecho interno[22]. Al ser un tratado internacional, forma parte del Derecho Internacional Público, por lo que su interpretación se la debe realizar conforme reglas establecidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

El objetivo principal de la Convención es "evitar que las sentencias arbitrales, tanto extranjeras como no nacionales, sean objeto de discriminación, por lo que obliga a los Estados parte a velar por que dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales.[23]" Para cumplir con su objetivo, la misma consta de dieciséis artículos, que entre los principales se establece que:

> Art. III.- Cada uno de los Estados contratantes *reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada*, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, *no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados,*

21. Solamente se aplicará para laudos dictados en el territorio de otro Estado Contratante.
22. A pesar de que no existe una definición clara para el término comercial, las cortes deben de interpretar la noción de comercialidad de manera amplia. International Council for Commercial Arbitration, N. 9, p. 25.
23. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (2015), disponible en <http://goo.gl/g9Fsti>, (10/01/2016).

> *que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.* (Énfasis agregado)

Con la demanda en la que se solicita el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero, la parte solicitante debe adjuntar: a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad, y b) El original del acuerdo a que se refiere el artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad. En el caso de que el acuerdo o sentencia arbitral no estuvieran en el idioma oficial del país en que se invoca el reconocimiento y la ejecución, la parte que lo solicita deberá presentar una traducción certificada a ese idioma[24].

En el artículo V se establecen las únicas causales por las que se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, y la parte contra quien se lo invoca, deberá probar:

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia;
b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa;
c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras;

24. Convención de Nueva York (1961), Art. 6(1), N. 7.

d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje;
e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

Bajo estos postulados, las condiciones de ejecución son solamente las establecidas por la Convención de Nueva York, y ningún Estado podrá imponer condiciones más rigurosas. Es necesario tener presente que la Convención le exige al solicitante solamente presentar el laudo y el acuerdo arbitral debidamente autentificados. Cumplidos esos requisitos, el demandado podrá oponerse únicamente en base a las causales mencionadas. La Convención no establece nada acerca de asuntos procesales distintos a las reglas sobre la carga de la prueba y a los documentos que deben de ser presentados por la parte solicitante, por lo que surge una relación de complementariedad entre la ley nacional y la Convención; en donde el procedimiento se regirá por normas nacionales pero respetará los aspectos desarrollados en el instrumento internacional.

3.3 Leyes orgánicas

Código Orgánico General de Procesos

El Código Orgánico General de Procesos, modificó el artículo 42 de la LAM y creó un capítulo destinado a sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero. En el artículo 102 determina que el reconocimiento y homologación de laudos arbitrales con efecto de sentencia en la legislación de origen, expedidos en el extranjero, corresponderá a la sala de la Corte Provincial especializada del domicilio del requerido. Pos-

teriormente la ejecución le corresponderá al juzgador de primer nivel del domicilio de la persona demandada, quien será competente en razón de la materia[25].

Con relación a los efectos de las sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero, el artículo 103 menciona que los que hayan sido homologados y que hayan sido pronunciados en procesos contenciosos o no contenciosos tendrán en el Ecuador la fuerza que les concedan los tratados y convenios internacionales vigentes, sin que proceda su revisión sobre el asunto de fondo[26]. Para la homologación, el artículo 104 establece que la sala competente de la Corte Provincial deberá verificar:

1. Que tengan las formalidades externas necesarias para ser considerados auténticos en el Estado de origen.
2. Que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada conforme con las leyes del país en donde fue dictada y la documentación anexa necesaria está debidamente legalizada.
3. Que de ser el caso, estén traducidos.
4. Que se acredite con las piezas procesales y certificaciones pertinentes que la parte demandada fue legalmente notificada y que se haya asegurado la debida defensa de las partes.
5. Que la solicitud indique el lugar de citación de la persona natural o jurídica contra quien se quiere hacer valer la resolución expedida en el extranjero.

Independiente de la pertinencia que puedan tener o no los artículos mencionados, en el desarrollo de todo el Capítulo VII se incurre en ciertas impresiones. La primera es asimilar a las sentencias y a las actas de mediación con un laudo extranjero. Si bien el laudo tiene efecto de sentencia ejecutoriado y cosa juzgada, ninguno de los tres instrumentos son iguales y su tratamiento no debe ser el mismo. El origen de cada uno es distinto y se rige por distinta normativa, por lo que los requisitos y el procedimiento de homologación debería respetar las peculiaridades de cada pro-

25. COGEP, Artículo 102, RO Sup. No. 506, 22/05/2015.
26. Ídem, Art. 103.

cedimiento. La segunda imprecisión se relaciona con la competencia, por un lado de la sala especializada de la Corte Provincial para conocer la homologación, a su vez asignando a los juzgadores de primer nivel aquella respecto de la ejecución; la norma hace referencia a la materia, sin embargo, la competencia arbitral *ratioe materia* se refiere a cuestiones transigibles, por lo que surge la interrogante acerca de cuál es la sala o el juzgado que debería ser competente para conocer esas solicitudes.

Con relación a los requisitos que la Corte Provincial debe verificar, el primero, el tercero y el quinto no implican mayores complicaciones; sin embargo, no ocurre lo mismo con el segundo y el cuarto. El segundo requisito exige que el laudo debe haber pasado en autoridad de cosa juzgada conforme con las leyes del país en donde fue dictado y adjuntar la documentación debidamente legalizada; y la imposibilidad de ejecutar en el Ecuador laudos que no sean finales, como son los laudos parciales, o de jurisdicción.

En lo referente con el cuarto requisito, el solicitante debe probar que se haya asegurado la debida defensa de las partes, es decir, tanto del actor como del demandado, e impone la carga de esa prueba al solicitante. En palabras de los autores Galindo y García:

> Además de imponer la carga de la prueba al solicitante esta disposición generaría una carga extremadamente gravosa, por varios motivos. Primero, qué derechos comprenden el derecho a la defensa de una parte, ¿aquellos comprendidos en la legislación de la sede?, ¿aquellos enunciados en la constitución del Ecuador? Segundo, ciertos derechos son virtualmente imposibles de probar pues solo se evidencian cuando son vulnerados. Tercero, este requisito parecería imponer al solicitante la prueba de un hecho negativo –que no se haya vulnerado el derecho a la debida defensa de la contraparte– y, ciertamente, es jurídicamente imposible probar un hecho negativo[27].

27. A. Galindo y H. García, "Relación entre el Código Orgánico General de Procesos y el procedimiento arbitral", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6. 2014, p. 77.

En relación al procedimiento de homologación, se reconoce la posibilidad de que la persona demandada se oponga, pero no se mencionan las causales de oposición, por lo que de conformidad con la Convención de Nueva York, solo podrá oponerse si se prueban una de las causales del artículo V[28].

3.4 Leyes ordinarias

Ley de Arbitraje y Mediación

Su artículo 32 menciona que ejecutoriado el laudo, las partes deberán cumplirlo de inmediato. Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la razón de estar ejecutoriada. El laudo se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia, y seguirán la vía de apremio.

Con relación al arbitraje internacional, previa a la reforma realizada mediante la disposición derogatoria decimotercera del COGEP, el artículo 42 de la LAM establecía que los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional tendrían los mismos efectos, y serían ejecutados de la misma forma, que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional. Este artículo incitó a un largo debate en el foro ecuatoriano. La discusión giraba en torno a la obligatoriedad o no de solicitar el reconocimiento del laudo extranjero previo a su ejecución; ya que se defendía la tesis que conforme al artículo previamente citado y en relación al artículo 37 de la LAM; de forma supletoria se aplicaba el Código de Procedimiento Civil, y se solicitaba directamente la ejecución.

28. La Convención de Nueva York, utiliza la palabra "podrá" por lo que a pesar de que se pruebe la existencia de la causal, la decisión final es facultativa para el juez del lugar ante quien se solicita el reconocimiento y la ejecución.

Ahora el artículo 42 dispone que el arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador; que toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero. Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se estará a lo dispuesto en la Constitución y leyes de la República.

4. Coherencia normativa entre la Convención de Nueva York, la Ley de Arbitraje y Mediación y el Código Orgánico General de Procesos

Lo ideal de todo sistema jurídico es que en el mismo no existan lagunas normativas y por consiguiente sea pleno[29]. No solamente se debe hacer referencia a si un supuesto de hecho en un determinado sistema es calificado como obligatorio, prohibido o permitido, sino que también se debe analizar la coherencia que existe entre las normas que lo regulan. La coherencia normativa es "aquella cualidad del sistema en cuya virtud cada situación de hecho recibe un único tratamiento normativo dentro del sistema en cuestión[30]". Lo contrario es denominado como antinomia y se produce cuando "un mismo comportamiento es calificado deónticamente de modo incompatible por dos o más normas del sistema o, lo que viene a ser lo mismo, siempre que a un mismo supuesto se imputan dos o más consecuencias incompatibles[31]".

Con relación al reconocimiento de un laudo arbitral extranjero, previo al procedimiento de ejecución en el Ecuador, la Con-

29. L. Prieto Sanchís, *Apuntes De Teoría Del Derecho*, Trotta, 2005, p. 123.
30. Ídem, p. 131.
31. Ibídem.

vención de Nueva York, la Ley de Arbitraje y Mediación y el Código Orgánico General de Procesos, contienen normas que se relacionan directamente con el tema y todas se encuentran vigentes dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Considerando que existe coincidencia en el ámbito de validez material, temporal y espacial de las normas analizadas previamente (al ser normas que establecen reglas para un mismo supuesto), se presentaría una contradicción normativa. Sin embargo, para confirmar o rechazar esta premisa se analizará su interacción, y en el caso de estar frente a una antinomia, se utilizarán criterios interpretativos para resolverla.

4.1 Interacción normativa

La Convención de Nueva York determina que no se podrá imponer condiciones más rigurosas a las aplicables a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales; establece los únicos supuestos por lo que se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero, y permite que ciertos asuntos procesales se rijan por la ley nacional exceptuando lo relacionado con la carga de la prueba y los documentos que deben ser presentados.

Al remitir el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero al procedimiento establecido en la ley nacional, siguiendo un criterio de especialidad, la LAM menciona que el laudo se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia, y se seguirá la vía de apremio[32]. Si bien previo a la reforma de su artículo 42, este artículo asimilaba al laudo extranjero con el laudo nacional, esto ya no es posible. A pesar de la reforma, al ser el laudo extranjero el instrumento con el que concluye el procedimiento arbitral internacional; en concordancia con el actual artículo 42, y al establecer que el procedimiento arbitral se rige por tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador, es apli-

32. LAM, N. 13, Art. 32.

cable la Convención de Nueva York. En la ley especial de la materia –LAM– no existe un procedimiento específico para este caso por lo que conforme a lo establecido en su artículo 37 es necesario hacer una remisión a otros cuerpos normativos.

En el caso que prime un criterio jerárquico y se opte por acudir directamente al COGEP, es necesario tener presente que a más de las restricciones procesales ya mencionadas, la Convención impone otras limitaciones que se refieren a la imposibilidad de revisar el fondo de la controversia; que las causales para la denegación del reconocimiento y ejecución son exhaustivas; que se las interpreta restrictivamente; y el demandado es quien debe probarlas. Con relación al Código Orgánico General de Procesos hay que enfocarse en el contenido de ciertas normas específicas para compararlo con la Convención de Nueva York.

El artículo 104 establece que para la homologación, la sala competente de la Corte Provincial deberá verificar que:

a) Tengan las formalidades externas necesarias para ser considerados auténticos en el Estado de origen.

La Convención de Nueva York, no habla de formalidades externas sino exige que se presente el documento original de la sentencia arbitral extranjera debidamente autenticado o una copia certificada de ese original. No se considera en todo caso que la imposición de este requisito pueda ser extremadamente gravoso, ya que el solicitante deberá solamente determinar los requisitos formales que debe cumplir un laudo bajo la legislación del lugar donde fue emitido y evidenciar su cumplimiento.

b) La sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada conforme con las leyes del país en donde fue dictada y la documentación anexa necesaria está debidamente legalizada.

Según la Convención de Nueva York, de acuerdo al artículo V(I)(e), la parte contra quien se invoca la solicitud de reconoci-

miento y ejecución, es quien debe probar que la sentencia no es aun obligatoria conforme la ley que ha sido dictada. Por lo tanto, este requisito impone un exigencia mayor a la prevista por la Convención e invierte la carga de la prueba al solicitante.

c) Que de ser el caso, estén traducidos.
Concuerda con la Convención de Nueva York.

d) Que se acredite con las piezas procesales y certificaciones pertinentes que la parte demandada fue legalmente notificada y que se haya asegurado la debida defensa de las partes.

Como se mencionó anteriormente este es el requisito más gravoso y que mayor preocupación acarrea. El artículo V(I)(b) de la Convención de Nueva York establece que la parte contra quien se invoca la solicitud de reconocimiento y ejecución, es quien debe probar que no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa. Esta causal protege a quien se resiste a la ejecución en razón de que fue impedido de ejercer su derecho de defensa ante el tribunal arbitral.

La causal prevista en la Convención tiene lógica, ya que solamente quien no pudo hacer valer su derecho (hecho negativo), puede alegarlo y debe probarlo. Caso contrario ocurre con lo establecido en este requisito. El derecho a la defensa no supone una sola situación específica, sino es una integralidad conformada por varios derechos, por lo que resultaría sumamente complejo que se demuestre que todos los derechos se respetaron. Lo que en la práctica pudiera ocurrir es que se adjunte todo el proceso arbitral con sus certificaciones pertinentes, lo que conduciría a que el procedimiento sea sumamente oneroso, y se restaría celeridad.

e) Que la solicitud indique el lugar de citación de la persona natural o jurídica contra quien se quiere hacer valer la resolución expedida en el extranjero.

Este requisito es necesario, y debe constar en la solicitud para el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero al ser propio del respeto al debido proceso y derecho a la defensa.

El artículo finaliza mencionando que en el caso de que se solicite el reconocimiento de laudos arbitrales en contra del Estado, por no tratarse de asuntos comerciales, se deberá además demostrar que no contrarían las disposiciones de la Constitución y la ley, y que estén arregladas a los tratados y convenios internacionales vigentes. A falta de tratados y convenios internacionales se cumplirán si constan en el exhorto respectivo, o la ley nacional del país de origen reconoce su eficacia y validez. Para el caso de asuntos no comerciales, la Convención de Nueva York no es aplicable. La Constitución de la República en este aspecto se limita a prohibir al Estado Ecuatoriano participar en arbitrajes internacionales cuya controversia sea de índole comercial, sin embargo, la limitación, como ya se mencionó, no es absoluta.

La primera circunstancia en que la homologación de un laudo en el que sea parte el Estado sea válido, se refiere a la aceptación de todo tipo de arbitrajes regionales –incluso comerciales– producto de un tratado o instrumento internacional entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica, excepción que no es contemplada por el Código Orgánico General de Procesos. Esto acarrea dos supuestos. Ante el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero proveniente de un arbitraje internacional de índole comercial desarrollado en Latinoamérica, se deberá aplicar la Convención de Nueva York o lo establecido en el instrumento internacional respectivo. Un segundo supuesto se relaciona a laudos producto de un arbitraje internacional en Latinoamérica relativos a controversias no comerciales, en donde se deberá aplicar lo establecido en el Código Orgánico General de Procesos, esto es, demostrar que no se contrarían las disposiciones de la Constitución y la ley, y que esté arreglado a los tratados y convenios internacionales vigentes.

La segunda excepción se deduce del alcance de la prohibición constitucional de participar en arbitrajes internacionales de índole comercial, dejando abierta la posibilidad de participar en otro tipo de arbitrajes internacionales, como los que surgen de la violación de un tratado internacional. Por ejemplo, al momento de solicitar el reconocimiento de un laudo extranjero producto de una controversia relativa a inversiones bajo el Derecho Internacional Público; en este supuesto se deberá cumplir con lo establecido en el Código Orgánico General de Procesos, es decir, que el procedimiento arbitral y el contenido del laudo ha respetado la legislación ecuatoriana.

4.2 Criterios para la resolución de antinomias

Para iniciar se clasificarán los tipos de laudo extranjero en relación a su procedimiento, se identificará la antinomia y se la diferenciará según la clasificación de antinomias propuesta por Ross[33]. Con relación a las contradicciones que se presentan entre las normas analizadas, se las resolverá utilizando el criterio de jerarquía, cronológico y de especialidad[34].

a) Laudo extranjero producto de un arbitraje comercial internacional entre particulares de países suscriptores de la Convención de Nueva York.

Con relación a los requisitos recogidos en el artículo 104, numeral 2 y 4 del COGEP y lo establecido en los artículos V(I)(b-e) de la Convención de Nueva York, existe una antinomia total-total ya que comparten por completo su ámbito de validez material, personal, temporal y espacial. El aplicar lo establecido en los dos artículos resulta en consecuencias incompatibles.

33. L. Prieto Sanchís, N. 28, p. 133.
34. El criterio de competencia no aplica ya que “el vicio de competencia afecta al acto normativo y no a la norma.” Tampoco se utiliza el criterio de prevalencia, ya que se lo utiliza para “superar una antinomia en normas de dos subsistemas normativos y ambas normas son competentes.” Ibídem, pp. 137-138.

El hecho de que el artículo del COGEP conste en una norma inferior a la Convención de Nueva York, produce una antinomia de diverso nivel jerárquico, lo que significaría que "la norma inferior no es válida, no simplemente que no debe aplicarse al caso, sino que no debería existir o debería dejar de existir.[35]" En el ordenamiento jurídico ecuatoriano existe un procedimiento especial para declarar la invalidez de la norma, sin embargo, incluso prescindiendo de aquel procedimiento el juez no debería aplicarla, dado que a pesar de ser una norma aparentemente válida resultaría ser ineficaz. El criterio cronológico no procede a pesar de que el COGEP haya sido promulgado de manera posterior a la Convención de Nueva York; en este caso prevalece el criterio jerárquico y al tratarse de un instrumento internacional, la Convención no pierde su vigencia. Con relación al criterio de especialidad, la Convención de Nueva York es la que prima al ser norma especial y exclusiva para el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero.

b) Laudo extranjero producto de un arbitraje comercial internacional desarrollado por instancias arbitrales regionales (Latinoamérica) en los que haya sido parte el Estado ecuatoriano.

La Constitución de la República permite el desarrollo de arbitrajes internacionales regionales de índole comercial que involucre al Estado, solo si son producto de un tratado o instrumento internacional entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica. El COGEP, parte de una premisa absoluta e incurre en el error de que un laudo extranjero en contra del Estado no pueda ser índole comercial. En este caso existe un contradicción entre permiso positivo establecido en la Constitución y lo que el Código considera como prohibido. En la clasificación de Ross, podría suponerse de manera forzada que existe una antinomia parcial-parcial, ya que lo establecido por el Código presenta un ámbito de validez suplementario para los casos en general, y solo para el presente supuesto, que resulta ser una excepción, entraría en conflicto. Al ser

35. L. Prieto Sanchís, N. 28, p. 135.

forzado este supuesto, preferiblemente "puede hablarse de una laguna técnica o de eficacia para referirse a la ausencia de una norma (generalmente inferior) necesaria para satisfacer o hacer efectivo lo establecido en otra norma (generalmente superior).[35]" De esta forma superada la laguna técnica, para este caso se aplicaría Código Orgánico General de Procesos con las limitaciones impuestas por la Convención de Nueva York.

c) Laudo extranjero producto de un arbitraje internacional no comercial desarrollado por instancias arbitrales regionales (Latinoamérica) en los que haya estado presente el Estado.

Se aplica únicamente el Código Orgánico General de Procesos.

d) Laudo extranjero producto de un arbitraje internacional no comercial.

Se aplica únicamente el Código Orgánico General de Procesos.

5. Conclusiones

De la relación que existe entre los cuerpos normativos analizados, se constatan las siguientes conclusiones:

a) Previo a la promulgación del Código Orgánico General de Procesos, el artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación otorgaba los mismos efectos de un laudo nacional a uno extranjero. Este hecho suponía que no era necesario el solicitar el reconocimiento de un laudo extranjero, ya que debía ejecutarse como un laudo nacional mediante la vía de apremio. Con la reforma el solicitar el reconocimiento de un laudo extranjero es necesario para su ejecución.

36. Ídem, N. 28, p. 129.

b) Si bien uno de los fines del COGEP es el superar ciertas deficiencias del Código de Procedimiento civil, parece ser que el puente que se busca implementar para el procedimiento de reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero, a la luz de la Convención de Nueva York lo es solo en forma aparente.
c) El fin último de un puente es ser un conector que facilita la movilidad, sin embargo, previa a su construcción se debe tener en cuenta quienes lo utilizarán para ajustarse a sus exigencias y determinar así los materiales correctos. Desde el momento en el que se incluyó en el COGEP un capítulo relacionado con sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero, se incurrió en el error de no considerar la naturaleza jurídica de cada instrumento; esto genera la primera deficiencia que denota una redacción que no siempre utiliza los términos adecuados para la materia.
d) Como se expuso a lo largo del presente trabajo, algunos de los requisitos exigidos por el COGEP incumplen con lo que dispone la Convención de Nueva York por ser más gravosos y no otorgar un mismo tratamiento a los laudos nacionales e internacionales.
e) Hasta el momento, el esquema normativo del COGEP no ha sido utilizado, sin embargo, de exigirse su aplicación puede ocasionarse que el Estado sea responsable por el incumplimiento de un tratado internacional. Alternativamente, frente al problema jurídico, un juez puede no exigir la aplicación de los requisitos que vulneran lo establecido en la Convención en base del principio de jerarquía normativa dispuesto en el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador.
f) Finalmente el camino para el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero en el Ecuador no tiene todavía un procedimiento claro. A pesar del trabajo interpretativo realizado en el presente ensayo, se constata que es necesario la implementación de un procedimiento expedito que realmente sirva como un vínculo para que se cumpla con lo establecido en instrumentos internacionales, y en último término, sea concordante con los fines del arbitraje.

GOTTIFREDI POZO | GP

Comercio Exterior | Competencia | Arbitraje

CUENCA

Circunvalación Sur s/n y Subida a Turi. Edif. Bussines Center.
P-2 Of 402-403.
Telf.: (593) 07 2888815 / (593) 07 2882605.
Cel.:0989795041

GUAYAQUIL

Av. Joaquin Orrantia y Juan Tanca Marengo
Edif. Torres del Mall 4to piso.
Telf.: (593) 4 3716749

QUITO

Av. Republica del Salvador No. 35-82 y Portugal
edificio Twin Towers, piso 9, oficina 9A.
Tefl.: (02) 6000166

Arbitrabilidad de Actos Administrativos Contractuales

*Francisco Santiago Larrea Naranjo**

Recibido/Received: 25/01/2016
Aceptado/Accepted: 19/08/2016

PALABRAS CLAVE: arbitrabilidad, acto administrativo, transigibilidad.

KEYWORDS: arbitrability, administrative acts, tradeable.

RESUMEN: En Ecuador existen normas legales que otorgan al Estado la potestad para acudir al arbitraje, lo cual nos ha llevado a analizar la arbitrabilidad de las disputas en el arbitraje administrativo, concluyendo que si existe una norma que expresamente permita al Estado acudir al arbitraje, este podrá hacerlo sin más obstáculos que los límites impuestos por la propia ley y el convenio arbitral, siendo el tribunal arbitral quien decidirá su propia competencia; sin que, por el

* Asociado senior de la firma Noboa, Peña & Torres Abogados (Quito, Ecuador). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Especialista Superior en Derecho Financiero, Bursátil y Seguros por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Magíster en Derecho de Empresa por la Universidad San Francisco de Quito y LL.M por Pennsylvania State University.

F. Larrea, "Arbitrabilidad de Actos Administrativos Contractuales", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 2015.

mero hecho de que la disputa tenga que ver con normas de interés general –como sería la legalidad de los actos administrativos– sea un límite para el arbitraje. Los actos administrativos contractuales sí serían arbitrables, debido a que la arbitrabilidad de los mismos nace del ejercicio de una potestad otorgada por la ley y el único límite a su arbitrabilidad deberá encontrarse en la misma ley que establece la potestad de arbitrar o en el convenio arbitral; por lo que, los árbitros están obligados a respetar el principio de legalidad en cuanto a esta potestad de arbitrar, estando facultados a revisar su legalidad. Igualmente, esta arbitrabilidad no estaría limitada por la transigibilidad de la disputa. La transigibilidad, como límite a la autonomía de la voluntad, carece de sentido en el arbitraje administrativo.

ABSTRACT: In Ecuador there are laws that give the State the power to go to arbitration, which has led us to analyze the arbitrability of the disputes in the Administrative Arbitration, concluding that if there is a rule that specifically allows the State to arbitrate, it can do so with no more obstacles than the limits imposed by the law itself and the arbitration agreement, being the arbitral tribunal who should decide its own jurisdiction, without being a limit for arbitration the mere fact that the dispute is related to rules of general interest, as it would be the legality of Administrative Acts. Contractual Administrative Acts are, indeed, arbitrable because their arbitrability arises from the exercise of a power granted by law, and the only limit to their arbitrability should be stated in the same law that establishes the power to arbitrate, or in the arbitration agreement, so that the arbitral tribunal is obliged to respect the principle of legality in terms of this authority to arbitrate, more so it is empowered to review the legality of these Contractual Administrative Acts. Also, the tradable characteristic of a dispute cannot be taken as a limit to the arbitrability. The tradable characteristic of the dispute as a limit to the private autonomy is meaningless in the Administrative Arbitration.

1. Introducción

La negativa a la arbitrabilidad de los actos administrativos se ha fundamentado, principalmente, en que los actos administrativos, al ser productos del principio de legalidad con el que actúa la Administración, sumado a las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad con las que cuentan, de los cuales se derivan algunas de las prerrogativas exorbitantes del Estado, no son transigibles y, por ende, no serían arbitrables.

Es así como, no solo en el Ecuador sino que en todos los países que adoptaron el Sistema de Derecho Administrativo del Derecho Francés, se concibió que los actos administrativos, únicamente podrían ser impugnados en sede administrativa o vía judicial ante el juez o tribunales competentes, que, en Ecuador, serían los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

Sin embargo, en el Ecuador, al mismo tiempo existen varias normas legales de carácter público que regulan relaciones de la Administración con particulares, en sectores sumamente importantes como son los sectores estratégicos y la contratación pública, en donde se ha establecido la posibilidad de que el Estado acuda a arbitraje; inclusive la posibilidad de pactar arbitraje en la contratación pública, ahora tiene carácter constitucional.

Esto se deriva del hecho de que en el Ecuador gran parte de la economía depende o se deriva de las relaciones contractuales que tiene el Estado, a través de sus entidades y empresas públicas, con los privados. Dentro de estas relaciones contractuales, pueden suscitarse controversias, mismas que pueden ser sometidas a arbitraje ya que el mismo se encuentra plenamente reconocido en el Ecuador, siempre que se lo haga de acuerdo con lo establecido en la ley.

La única limitación a la arbitrabilidad de disputas sometidas a arbitraje que ha establecido esta legislación, es que las mismas

sean transigibles. Límite que es aplicable, tanto para los particulares como para el Estado.

En la actualidad existen al menos tres claras tendencias doctrinarias que se han desarrollado sobre este tema. La primera, es una tendencia que está en contra de la arbitrabilidad de los actos administrativos. La segunda, es una tendencia intermedia que se ha pronunciado a favor de la arbitrabilidad de los actos administrativos pero solo de sus efectos económicos o patrimoniales, negando la posibilidad de arbitrar la legalidad del acto administrativo. Y, la tercera, que es la tendencia que se ha pronunciado favorablemente para la arbitrabilidad de la legalidad de los actos administrativos, sin más límites que los mismos impuestos en la propia ley.

La problemática nace en que el concepto de transigibilidad, que es una institución del Derecho Privado, ha sido asumida por el Derecho Administrativo, sin que se haya profundizado en el análisis sobre su verdadera aplicación en el Derecho Administrativo y, sobre todo, su utilidad como límite a la arbitrabilidad cuando el Estado es parte dentro de un arbitraje.

Esta es una problemática muy interesante, ya que diferentes tribunales arbitrales, lejos de tener una posición uniforme al respecto, han optado por tomar decisiones diferentes para cada caso, creando una inseguridad jurídica, tanto para los particulares como para el mismo Estado, la cual se debe, principalmente, al hecho de que, a pesar de que la ley ha facultado al Estado a pactar arbitraje y este, efectivamente, así lo ha hecho dentro de una relación contractual, posteriormente, debido a esta interpretación de que la legalidad de los actos administrativos no son transigibles y, por ende, arbitrables, se estaría poniendo a los contratistas privados en una situación de inseguridad e indefensión ya que no se sabría, exactamente, qué parte de la disputa si podrá arbitrarse y cual no, y lo que es peor, se estaría dejando por fuera del arbitraje a disputas que las partes han consentido en someterlas a arbitraje y no a la Función Judicial, violando el convenio arbitral.

Lo que busco en este trabajo, es establecer un criterio claro a favor de la idea de la arbitrabilidad de los actos administrativos y de la correcta aplicación (o no) del concepto de transigibilidad.

Entonces, empezaremos analizando el tema de la arbitrabilidad de manera general, para pasar inmediatamente a tratar el tema de la arbitrabilidad de los actos administrativos, tanto en Ecuador como en el Derecho Comparado y en el Arbitraje Internacional, para finalizar tratando el tema de la transigibilidad en el arbitraje administrativo.

2. De la arbitrabilidad

En el arbitraje, el concepto de arbitrabilidad ha sido percibido como la condición de una disputa que la hace susceptible de ser sometida a decisión de árbitros[1]. Esta concepción de la arbitrabilidad nos permite identificar los límites impuestos entre la autonomía de la voluntad de las partes para pactar el sometimiento de sus controversias a arbitraje y la imperativa e ineludible jurisdicción del Estado o, como se ha dicho en algunas ocasiones, es el punto donde finaliza la autonomía de la voluntad y comienza la misión adjudicataria pública[2]. Esta noción se debe a que no cualquier cuestión controvertida puede ser resuelta por árbitros, siendo usual que el legislador reserve ciertos conflictos a los tribunales judiciales y no admita, que los mismos sean resueltos a través de los métodos alternativos de resolución[3].

Es común y de general aceptación que, para determinar cuándo una materia es arbitrable, se recurra a los conceptos de transigibilidad o disponibilidad de los derechos[4].

1. C. Jarrosson, "L'arbitrabilité: présentation méthodologique", *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1996, No. 1. p. 1 y ss. Citado por R. Caivano en *La Cláusula Arbitral*, 1ra. Ed., Universidad del Rosario, 2008, pp. 30-31.
2. T. Carbonneau, y F. Janson, "Cartesian logic and frontier politics: French and American concepts of arbitrability", *Tulane Journal of International and Comparative Law*. vol. 2 (1), 1994, p. 193 y ss.
3. J. Lee, *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*, Juruá. 2002, p. 66.
4. Ibídem.

En el Ecuador, son los artículos 190 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) y 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), son los que introdujeron este concepto de la arbitrabilidad[5] en el Ecuador.

Basándonos en estos primeros enunciados de lo que sería la arbitrabilidad, parece lógico que no toda disputa pueda ser sometida a árbitros, es por esto que la misma CRE y la LAM se han encargado de señalar que este sometimiento a arbitraje tiene que ser en materias que sean transigibles y lo deberán hacer de acuerdo con lo estipulado en la ley, otorgándole explícitamente al legislador la facultad de determinar que materias pueden o no ser arbitrables[6].

No es extraño que se realice esta reserva realizada por el legislador para que sea la Función Judicial la que resuelva determinados temas dentro de ciertas áreas del derecho, que son de mayor interés para el Estado, eliminando la libertad de las partes de decidir cómo resolver las posibles controversias que puedan suceder dentro de dichas áreas. El claro ejemplo de esto es cuando se trata de derechos que exceden el interés particular de su titular, derechos de cuya tutela estarían interesados el conjunto de la sociedad, resultando lógico que se entregue la potestad de resolverlos a los jueces ordinarios.

Sin embargo, ello no implica que la única solución sea excluir tales materias de la posibilidad de ser juzgadas por árbitros. Los profesores Galliard y Savage, señalan que existen tres posibles

5. Constitución de la República de Ecuador (CRE), RO No. 449, 20/10/2008. Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley. Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), RO No. 145, 4/09/1997. Art. 1.- El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.
6. En todo caso, lo importante puede ser como cada legislación determina los límites de la no-arbitrabilidad. E. Gaillard y J. Savage (Eds.). Fouchard, Gaillard, Goldman *on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999. p. 331. Citado por R. Caivano. "Planteos de Inconstitucionalidad en el Arbitraje", *Revista Peruana de Arbitraje,* Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, No. 2, 2006, p. 119.

formas de asegurar que algunas materias consideradas sensibles sean resueltas en consonancia con los intereses de la sociedad: la primera consiste simplemente en prohibir el arbitraje respecto de ellas. La segunda es excluir del arbitraje aquellas cuestiones en las que una de las partes ha violado una regla de orden público. Y, la tercera, que los autores mencionados juzgan como más recomendable, es permitir a los árbitros juzgar las controversias sobre cuestiones que puede ser considerados como de orden público, sujeto al control judicial de lo decidido por aquellos[7], siendo esta tercera forma la que consideramos como la idónea y más adecuada desde todo punto de vista.

Otro punto a considerar, en cuanto a la arbitrabilidad, es que las definiciones constitucionales y legales anotadas, claramente se refieren, únicamente, a la arbitrabilidad objetiva y no a la subjetiva, al mencionar que el arbitraje "[…]se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir".

La doctrina se ha encargado de realizar una distinción entre lo que representa la arbitrabilidad subjetiva y la objetiva. La arbitrabilidad subjetiva tiene que ver con la capacidad de determinadas personas para someterse a arbitraje o lo que viene a ser lo mismo, la capacidad de los árbitros de conocer determinados casos en los cuales están inmiscuidas determinadas personas; mientras que la arbitrabilidad objetiva tiene que ver con la capacidad de los árbitros para conocer y resolver sobre determinadas materias o lo que resulta lo mismo, la capacidad de ciertas materias de ser sometidas a arbitraje.

Al tener en las definiciones mencionadas como único parámetro de arbitrabilidad a la posibilidad de transacción de una materia (arbitrabilidad objetiva), deberíamos pensar que el legislador, entonces, determinó cuales serían las materias susceptibles de transigir, sin embargo, no lo hizo.

7. Ídem, pp. 123-124.

Esto nos lleva a remitirnos a lo señalado en el Código Civil Ecuatoriano, el cual, si bien tampoco realiza una determinación de lo que sería transigible, prefirió señalar las materias que no pueden serlo[8].

Tampoco podemos concluir de esa enumeración, que esas materias sean las únicas que no pueden ser transigibles o arbitradas, existen varias materias más que resultan no arbitrables, como por ejemplo, en el Ecuador, la materia tributaria[9].

Como ya lo mencionamos, ni la CRE ni la LAM han establecido restricciones subjetivas a la arbitrabilidad en las relaciones contractuales del Estado. Cualquier institución de la Administración o entidad de derecho privado con participación del Estado, puede pactar arbitraje para resolver sus disputas mediante arbitraje local o internacional, siempre y cuando se cumplan las formalidades descritas en la ley[10].

8. Dentro de las que se encuentran: (i) la materia penal; (ii) el estado civil; (iii) el derecho a recibir alimentos, salvo que cuente con aprobación judicial; (iv) los derechos inexistentes o ajenos; (v) la obtenida por dolo o violencia o a propósito de un título nulo; y (vi) la materia ya resuelta en sentencia con autoridad de cosa juzgada de la cual, al tiempo de celebrarse la transacción, las partes no hubieren tenido conocimiento. Código Civil, Artículos 2351 y ss, RO Sup. No. 46. 24/06/2005.
9. Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, Art. 27, RO Sup. No. 351, 29/12/2010. "Resolución de conflictos.- En los contratos de inversión con inversionistas extranjeros se podrán pactar cláusulas arbitrales para resolver las controversias que se presenten entre el Estado y los inversionistas. Las controversias entre un inversionista extranjero con el Estado ecuatoriano, que se hubieren agotado completamente por la vía administrativa, intentarán solucionarse de manera amistosa, con diálogos directos por un término de 60 días. Si no se llegase a una solución directa entre las partes deberá existir una instancia obligatoria de mediación dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de inicio formal de las negociaciones directas. Si luego de esta instancia de mediación la controversia subsiste, el conflicto podrá ser sometido a arbitraje nacional o internacional, de conformidad con los Tratados vigentes, de los que Ecuador forma parte. Las decisiones de ese Tribunal Arbitral serán en derecho, la legislación aplicable será la ecuatoriana y los laudos serán definitivos y obligatorios para las partes. Si luego del término de 6 meses de agotada la vía administrativa, las partes no han llegado a un acuerdo amistoso, ni la hubieren sometido a jurisdicción arbitral para la solución de sus conflictos, la controversia se someterá a conocimiento de la justicia ordinaria nacional. *No se someterán a arbitraje los asuntos tributarios*." (las cursivas me pertenecen). Igualmente, en el contexto del arbitraje de inversiones, el Ecuador ha sostenido que los asuntos de índole tributaria no pueden ser resueltas en arbitraje. Por ejemplo, véase., LCIA, *EnCana Corporation v. República del Ecuador,* Laudo, Caso No. UN3481, 30/02/2006; en el que el Estado alegó que "[…]el Tribunal no es una instancia de apelación de asuntos tributarios ecuatorianos, y en la medida de que un asunto esté claramente conectado a una ley o reglamento fiscal, será claramente un tema que deba entender el Poder Judicial del Estado anfitrión."; en J. Marchán, y X. Andrade Cadena, "El Arbitraje Comercial Internacional en Ecuador: Marco Legal y Jurisprudencial", *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. *Marco Legal y Jurisprudencial*. 1ra. Ed., 2009, p. 328..

El profesor Caivano al tratar sobre la arbitrabilidad menciona:

> En términos generales se define el ámbito de "lo arbitrable" diciendo que pueden someterse a decisión de árbitros aquellas cuestiones que involucran derechos "disponibles". La "disponibilidad" de un derecho es definida como la posibilidad de decidir libremente sobre él, la cualidad que lo hace susceptible, por ejemplo, de transacción y de renuncia. Más allá de la noción "normológica", desde una óptica lógica y axiológica, este razonamiento no admite dudas: si una persona puede disponer de un derecho (inclusive renunciándolo) no es posible limitar su aptitud de otorgar a un tercero, aunque no sea un juez del Estado, la potestad de determinar el contenido o el alcance de ese derecho[11].

El arbitraje, desde su origen, había sido considerado como un sistema en el que solo podían resolverse conflictos que involucraran intereses exclusivamente privados. Sin embargo, la tendencia actual ha sido la de expandir, paulatinamente, la base de materias que podrían someterse a arbitraje, a pesar de que se traten de materias sensibles o de derecho público, que, antiguamente, eran reservados a los tribunales judiciales[12] como pueden ser los derechos irrenunciables de las personas o, más precisamente, lo que es materia de este trabajo, la legalidad de los actos administrativos.

En principio, la concepción ha sido que los actos administrativos (incluidos los que son producto de las facultades exorbitantes de la Administración), no serían arbitrables, en cuanto a su legalidad; sin embargo, esto ha cambiado y lo sigue haciendo. Según nuestro criterio, la legalidad de los actos administrativos contractuales, así como los actos administrativos derivados del ejercicio de facultades exorbitantes y los que, en general, estén re-

10. J. Marchán, y X. Andrade, "El Arbitraje Comercial Internacional en Ecuador: Marco Legal y Jurisprudencial", *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica. Marco Legal y Jurisprudencial*, 1ra. Ed., 2009, p. 327.
11. R. Caivano, N. 6, p. 119.
12. A. Guzman, "Arbitrator liability: reconciling arbitration and mandatory rules", *Duke Law Journal*, Vol. 49(5), 2000. p. 1279 y ss. Citado por R. Caivano, N. 6, p. 358.

lacionados con el contrato, sí lo serían, tal como lo revisaremos más adelante.

En este sentido, coincido plenamente con el profesor CAIVANO quien ha señalado lo siguiente:

> […] Si la jurisdicción arbitral se excluyera en la etapa inicial del proceso arbitral, por considerar que el caso involucra normas de carácter imperativo, se estaría suponiendo –sin razón alguna que lo permita– que los árbitros laudarán contra *legem* y que los objetivos tenidos en mira por el legislador al hacer imperativa una norma no se cumplirán si el caso es resuelto por árbitros, como sí lo sería si se resolviese por la vía judicial. Es más racional, en estos casos, dejar que los árbitros se pronuncien sobre las cuestiones que las partes le han sometido y reservar una vía de control judicial para el caso en que la decisión sea contraria a los propósitos perseguidos por el legislador. Si alguna de las partes considerara que el laudo que se dicte sobre el fondo implica dejar sin efecto o interpretar normas imperativas en un sentido incompatible con el interés público tutelado por ellas, siempre podrá plantear su nulidad o resistir su ejecución a través de los procedimientos previstos en la ley. Lo que no puede admitirse es la pretensión de excluir de antemano la jurisdicción arbitral, porque nada autoriza a las partes a suponer que los tribunales ignorarán una norma imperativa. En otras palabras, lo que eventualmente puede "violar el orden público" es lo que el Tribunal resuelva en el laudo; pero jamás la atribución de jurisdicción a los árbitros para decidir la cuestión[13].

Desde nuestro punto de vista, con base en los criterios expuestos, la arbitrabilidad debe ser considerada como la regla y solo en casos excepcionales determinar la no arbitrabilidad de al-

13. R. CAIVANO, N. 6, p. 126. En el contexto nacional, ANDRADE CEVALLOS ha mencionado: En materia arbitral la tendencia, en los tiempos modernos, ha sido la de ampliar el marco de acción de los árbitros u en general de los medios alternativos de solución de controversias. Si la base de estos compromisos arbitrales se encuentra en la voluntad de las personas, es prudente y lógico convenir que ellas como actoras de su destino y patrimonio puedan renunciar a utilizar la justicia ordinaria y entregar a la justicia alternativa la resolución de sus conflictos aún en materias que históricamente han sido reservadas a la decisión de los órganos judiciales. M. ANDRADE CEVALLOS, "Ley de Arbitraje y Mediación. Transigible y Arbitraje en Equidad", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, No. 4, 2012, p. 212.

guna materia o cuestión controvertida en la cual sea evidente que los jueces de la Función Judicial serían los idóneos para resolverla y no los árbitros, siendo estos últimos quienes, con base en el principio *kompetenz-kompetenz* realicen esta determinación y solo por excepción que lo haga la ley.

Entonces, sí existe una norma que expresamente permite a las partes acudir al arbitraje para solucionar las disputas que surjan entre ellas, lo normal será que ellas sean aptas para hacerlo sin obstáculo alguno y que sea el tribunal arbitral quien decida su propia competencia con relación a las disputas a ellos sometidas, sin que, por el mero hecho de que estas cuestiones tengan que ver, en todo o en parte, con normas de interés general como sería la legalidad de los actos administrativos o el orden público, sea un obstáculo para acudir al arbitraje.

En efecto, desde hace algunos años, la arbitrabilidad se ha expandido de una manera significativa, pudiendo, ahora, considerarse como arbitrables una gran gama de materias que antes no lo eran. La posición actual respecto a la arbitrabilidad es que la misma está tan abierta y aceptada, que debe ser considerada como la regla y no como la excepción, permitiendo a los árbitros conocer sobre los diferentes temas puestos bajo su competencia, bajo el control del Poder Judicial en caso que una de las partes en la disputa considere que los árbitros han fallado en su deber de aplicar las normas legales o de haberlas aplicado de forma tal que se vea afectado el interés general.

2.1 De la arbitrabilidad de los actos administrativos

Ahora, la problemática pasa a la arbitrabilidad de los actos administrativos emitidos por la Administración en uso o no de sus facultades exorbitantes, derivados de los contratos administrativos dentro de los cuales existe o se ha pactado una cláusula arbitral.

Desde hace algunos años existe un gran debate respecto a definir si los mismos serían o no materia arbitrable. Existen al menos tres tendencias claramente marcadas en cuanto a la arbitrabilidad de los actos administrativos: la primera, que radicaliza la posición de la no arbitrabilidad; la segunda, que establece que únicamente serían arbitrables las controversias contractuales de las cuales tenga efectos económicos o patrimoniales para las partes, siendo en definitiva lo arbitrable el efecto económico o patrimonial de los actos administrativos contractuales; y, la tercera, que asegura la arbitrabilidad de los actos administrativos, inclusive su legalidad y validez.

Repasemos, brevemente, a las dos primeras, para luego pasar a la que nos interesa en el presente trabajo.

Ha sido una práctica común que los defensores de los Estados planteen la no arbitrabilidad de los actos administrativos, lo que retrasa o demora el tratamiento del fondo; planteamientos que son buenos en caso de haber dudas razonables, caso contrario es deplorable. El argumento típico sostiene que la revisión de los actos administrativos, fuera de la propia Administración, está reservada, *per se*, a la jurisdicción judicial contencioso-administrativa[14].

El profesor NEIRA ha expuesto con claridad las razones para limitar la competencia de los árbitros en las controversias contractuales en las que es parte la Administración:

> Cuando en el objeto de la *litis* de una acción arbitral se encuentran entretejidos aspectos de naturaleza contractual y otros relativos al control de legalidad de las actuaciones del Estado […] los árbitros están llamados a aceptar su competencia para resolver las diferencias de orden contractual […] pero no aceptar lo que queda fuera de la jurisdicción convencional, es decir, los aspectos de control de constitucionalidad o de legalidad de actos administrativos o de actos normativos[15].

14. H. DÍAZ-CANDIA, *El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje, Con Especial Referencia a la Aceptación del Arbitraje Contencioso-Administrativo*, 1ra. Ed., Arazandi, 2001. p. 44.

Este criterio también ha sido replicado en un caso de arbitraje nacional. En el caso Andinatel vs. Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, el Tribunal Arbitral estableció como su competencia resolver sobre la controversia surgida en relación con el contrato, negándose a

> juzgar la legalidad de actos administrativos expedidos por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones y cualquier otro aspecto que conforme los Arts. 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa pudieren corresponder a la jurisdicción legal ejercida por los Tribunales Distritales de esa materia[16].

Criterio que también fue acogido por el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, quien al resolver una acción de nulidad contra un laudo arbitral señaló lo siguiente:

> El Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito […] no podía en forma alguna, ni por pedido de parte, ni de oficio, entrar a examinar y discutir y peor aún declarar la legitimidad o ilegitimidad contenida en un acto de la administración pública pues, como ha quedado dicho, esta facultad no es en forma alguna, ni siquiera por excepción, materia transigible, por ello la discusión de la legitimidad de los actos de la administración pública, por mandato legal queda reservada exclusivamente para la jurisdicción[17].

---

15. E. Neira Orellana, "El Estado y el Juicio de Arbitraje Según la Legislación Ecuatoriana", *El Arbitraje en el Perú y el Mundo,* 1ra. Ed., 2008, p. 57. El profesor Morales mantiene la misma posición: "aunque se trate de un acto administrativo que ha nacido dentro del ámbito de la relación contractual, la determinación de su legalidad o no, es de exclusiva competencia de los Tribunales Contencioso Administrativos"; M. Morales, "Complejidad del arbitraje local cuando una de las partes pertenece al sector público", *Análisis y actualidad del Derecho Administrativo*, Universidad Andina Simón Bolívar-Instituto de Estudios de Derecho Administrativo y Social, 2014, p. 379.
16. Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Laudo en Arbitraje. Caso No. 010-06, 30/10/2007. Este criterio fue replicado en otro caso en el cual el Tribunal arbitral señaló que no tenía competencia "para resolver nada en relación a los actos administrativos que pudieren haberse dictado respecto de esta relación contractual"; Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. *Constructora Carlos Poggi Barbieri S.A. v. Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda*, Laudo en Arbitraje, Caso. No. 02-10, 05/05/2011.
17. Corte Provincial de Justicia de Pichincha, *Di-Chem Del Ecuador v. Petroindustrial*, Sentencia, Caso No. 41-2009-B.L, 22/03/2010; Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Acción de nulidad del laudo arbitral, Caso No, 045-05, 22/03/2010.

Este argumento tiene su fundamento en el artículo 173 de la CRE[18] y legal en el artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial[19] y artículo 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa[20], los cuales establecen que la no arbitrabilidad de los actos administrativos se basa, principalmente, en que la legalidad o validez del acto administrativo escapa de la esfera de lo transigible y por tanto de lo arbitrable, y que la CRE y la ley establece como única vía para la impugnación de los actos administrativos a la Función Judicial, específicamente, a los jueces de lo contencioso administrativo.

Entonces, resulta que la transigibilidad de la legalidad del acto administrativo sería el fundamento primario de este argumento, del cual profundizaremos más adelante.

En cuanto a la segunda corriente que establece que solo las controversias contractuales con efectos económicos para las partes podrían ser arbitrables, esta resultaría ser una solución ecléctica, que goza de mucha aceptación, dada la presunción de la legalidad que da ejecutividad al acto administrativo, por la cual sería solo un juez ordinario quien pueda desaparecer del mundo jurídico el acto administrativo. Por lo que los árbitros deberán limitar su examen y competencia a los aspectos meramente económicos o patrimoniales que se deriven de dichos actos administrativos.

18. CRE. Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados tanto en la vía administrativa como ante los órganos de la Función Judicial.
19. Código Orgánico de la Función Judicial, RO Sup. No. 544, 9/03/2009. Art. 217.- ATRIBUCIONES Y DEBERES.- Corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo: 1. Conocer y resolver las controversias que se suscitaren entre la administración pública y los particulares por violación de las normas legales o de derechos individuales, ya en actos normativos inferiores a la ley, ya en actos o hechos administrativos, siempre que tales actos o hechos no tuvieren carácter tributario; 2. Supervisar la legalidad de los actos y hechos administrativos, y la potestad reglamentaria de la Administración no tributaria, como también las acciones judiciales que se incoen por su inactividad […].
20. Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, RO No. 338, 18/03/1968. Art. 10.- Son atribuciones y deberes jurisdiccionales del Tribunal de lo Contencioso - Administrativo: a) Conocer y resolver en única instancia de las impugnaciones a los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública, o de las personas semipúblicas o de derecho privado con finalidad social o pública y decidir acerca de su legalidad o ilegalidad;[…].

En esta teoría observamos que tiene una condición, la cual implica que para que la Administración pueda someterse a arbitraje, esta utilice la figura del contrato, figura del Derecho Privado por excelencia, renunciando de esta manera a la imposición unilateral de su voluntad para lograr sus objetivos en acuerdo con los particulares y actuando a través de actos administrativos contractuales que resultarían arbitrables, únicamente, en cuanto a los efectos patrimoniales de los mismos. A esta posición la denominaremos en adelante como la de los "efectos patrimoniales".

Al respecto el tratadista BIELSA manifiesta que:

> [L]a conveniencia del arbitraje en ciertas cuestiones, aún de la administración pública, es evidente. Ninguna incompatibilidad puede alegarse respecto del arbitraje en el derecho administrativo tratándose de cuestiones puramente patrimoniales sobre las cuales puede haber transacción o renuncia. En el arbitraje se trata de examinar no la legitimidad de los actos administrativos sino y tan solo consecuencias patrimoniales[21].

Este criterio fue asumido en el Ecuador en un caso de arbitraje en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, del cual el profesor NEIRA destaca lo siguiente:

> Este precedente plantea que cuando el objeto de la Litis de una acción arbitral se encuentren entretejidos aspectos de naturaleza contractual y otros relativos al control de legalidad de las actuaciones del Estado, la tutela efectiva de derechos que impone la Constitución a todos los órganos que administran justicia (artículo 24 numeral 17), –árbitros incluidos–, impide a éstos declarase incompetentes sin más. Los árbitros están llamados a aceptar su competencia para resolver las diferencias de orden contractual y a continuar el juicio arbitral exclusivamente sobre estos temas, pero a no aceptar lo que queda fuera de la jurisdicción convencional, es decir, los aspectos de control de constitucionalidad o de legalidad de actos administrativos o de los actos normativos[22].

21. R. BIELSA, *Derecho Administrativo*, Tomo V, 6ta. Ed., 1980, p. 687.
22. E. NEIRA ORELLANA, N. 15, p. 426.

Es evidente que el tribunal asumió esta posición de los efectos patrimoniales, por la cual, se declaró competente únicamente para tratar las diferencias de carácter contractual, con un efecto patrimonial sobre las partes, excluyendo de su competencia el control de legalidad sobre la validez de los actos administrativos de la Administración derivados de dicha relación contractual.

El Consejo de Estado Colombiano también se ha pronunciado en la misma forma:

> [S]i bien es factible que las partes de un contrato en donde una de ellas sea una entidad del estado, pueden convenir en someter a la decisión de árbitros las controversias que entre ellas surjan por situaciones de hecho derivadas del desarrollo o ejecución de dicho contrato, en modo alguno puede predicarse lo mismo respecto de la definición de la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos que la entidad contratante expida con motivo de la celebración y ejecución del contrato, por cuanto las diferencias que el contratista pueda tener acerca del contenido y los efectos de este tipo de actos no son ni pueden ser, objeto de transacción y, por ende tampoco de arbitramento, dado que en ello está comprometido el orden jurídico y el ejercicio del poder público, materias éstas que, en modo alguno están sujetas a la disposición de las partes[23].

No me parece que esta sea una solución completa al tema de la arbitrabilidad de las controversias contractuales de las que el Estado es parte, principalmente por tres razones:

La primera, es que en muchas, por no decir todas las ocasiones, el tribunal arbitral, inclusive para determinar los aspectos patrimoniales de la disputa, debería analizar y pronunciarse respecto de la validez y eficacia del acto administrativo que ha afectado a la relación contractual. Desde mi punto de vista, mal haría un tribunal arbitral en hacer una determinación de carácter pa-

23. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Caso Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburra*, Sec. 3ra., 23/02/2000. C, reproducido en M. González, *El contencioso contractual*, Universidad Libre de Colombia. 2004. p. 317. Citado por J. Aguilar Andrade, "Sobre las Materias Arbitrables en el Derecho Administrativo", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 1, 2009, p. 29.

trimonial que esté en contra de lo establecido en un acto administrativo, ya que, implícita o tácitamente, lo estaría dejando sin efecto, afectando sin duda a su validez y a la presunción de legalidad de la que goza, por lo que, cualquier decisión que adopte el tribunal arbitral en este sentido, sería nula o fácilmente anulable.

La segunda razón sería que, tal como claramente lo describe el profesor AGUILAR, dentro de una relación contractual en la cual se ha originado una controversia entre las partes, misma que tendría efectos económicos sobre ellas, sería muy fácil para la Administración emitir todos los actos administrativos necesarios para blindar tal situación y así convertir en no arbitrable a la disputa, inclusive en sus efectos patrimoniales[24].

Y la tercera, es que esta vía obligaría a las partes a litigar la misma controversia ante dos jurisdicciones diferentes: ante los jueces de lo contencioso administrativo en cuanto a la legalidad de los actos administrativos materia de la controversia; y, ante los árbitros los efectos patrimoniales derivados de dichos actos administrativos, cayendo, inclusive, en un posible problema de prejudicialidad, rompiendo con el principio de unidad jurisdiccional consagrado en la legislación[25]. Esto, además conllevaría, igualmente, un incumplimiento al convenio arbitral pactado entre las partes.

Entonces, pasemos a abordar la tercera corriente de pensamiento respecto de la arbitrabilidad, misma que establece la posibilidad cierta de que la legalidad de los actos administrativos pueda ser sometida a arbitraje.

Esta corriente tiene dos teorías que funcionan como pilares fundamentales sobre los que sustenta su existencia y aceptación, los cuales se encuentran íntimamente ligadas la una con la otra:

24. J. AGUILAR ANDRADE, *Arbitrabilidad de Actos Administrativos*, Tesis Magistral, Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2014. pp. 45 y ss.
25. CRE, Art. 76 y 172, RO No. 449. 20/10/2008; Código Orgánico de la Función Judicial. Art. 7. RO No. Sup. 544, 9/03/2009.

La primera es la naturaleza contractual de la relación en la cual se encuentra inmiscuida la Administración, por lo que la arbitrabilidad de los actos administrativos efectuados por la administración tiene su razón de ser en su "voluntad" de someterse al contrato y, por ende, al método de solución de controversias en él establecido, que en este caso sería el arbitraje.

Como complemento necesario a la anterior se encuentra la segunda teoría de sustento de la arbitrabilidad, la cual tiene que ver con que a la Administración se le ha atribuido la facultad legal de acudir al arbitraje dentro de sus relaciones contractuales; por lo que, al ser la ley la que le otorga la facultad a la Administración para pactar arbitraje, los actos administrativos por ella producidos serían arbitrables.

Empecemos por el tema contractual. Ya había mencionado que al recurrir la Administración a la figura legal del contrato para lograr los intereses comunes, esta renuncia a su facultad de imponer unilateralmente su voluntad, asociándose con los privados para lograr dicho objetivo, con lo cual, al estar en el campo de lo contractual, estaríamos, a su vez, en el campo de lo transigible y, por ende, de lo arbitrable.

De acuerdo con esta teoría, hablamos de que el arbitraje es admisible para anular actos administrativos cuando las partes en una relación contractual, siendo una de ellas la Administración que emite los actos administrativos, así lo han acordado y pactado, de manera clara e inequívoca, en la respectiva cláusula arbitral, en aplicación de los principios generales del Derecho como es la buena fe contractual y el *pacta sunt servanda*. Entonces, resulta que el consentimiento sería la clave para que el arbitraje tenga competencia. Consentimiento que, necesariamente, de acuerdo con mi criterio, debe encontrar su razón de ser en la ley.

Al respecto, García de Enterría y Fernández señalan que "la legalidad atribuye potestades a la administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo

cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la administración para su acción confiriéndole al efecto poderes jurídicos"[26]. Entonces, es claro que la administración ejerce las potestades que la ley le confiere, y nada más.

Bullard, quien, después de hacer una excelente distinción de los actos del Estado que estarían bajo el *iuri imperii* y los que estarían bajo el *ius gestionis*[27], dice lo siguiente:

> Esta claro entonces que los actos del Estado de naturaleza comercial son plenamente arbitrables. Asunto superado. Respecto de los actos del Estado inherentes al mismo por caer bajo el velo del *ius imperium*, la regla es que si el Estado consintió explícitamente al arbitraje no puede liberarse del mismo, entendiéndose el pacto como una renuncia a cualquier restricción a la arbitrabilidad del conflicto[28].

Además, menciona el mismo autor que:

> [...]debemos tomar en cuenta que el Derecho de los diferentes Estados, tiene como fuentes principales a los principios generales del Derecho, dentro de los cuales se enmarca el principio de la buena fe contractual o el mismísimo *pacta sunt servanda*, mediante los cuales, por el simple hecho de que el Estado haya pactado o convenido válidamente el arbitraje para que tenga que ser respetado, aun inclusive para actos de *ius imperium* que en principio no podrían someterse al mismo[29].

La posibilidad de que el Estado acuda al arbitraje tiene carácter constitucional[30]. Años antes la misma LAM ya había establecido esta posibilidad[31]. Tanto la CRE como la LAM le otorgan a la Administración la potestad de someterse a arbitraje.

26. E. García de Enterría, y T. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 12da. Ed., Tomo I, Temis S.A., 2008. p. 423.
27. A. Bullard, "Enemigos Íntimos. El Arbitraje y los Contratos Administrativos", *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 2, 2006. pp. 175-180.
28. Ídem, p. 187.
29. Ídem, p. 201.
30. El artículo 190 de la CRE dice "En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley."

Al existir esta potestad legal resultaría lógico concluir que existe la posibilidad de arbitrar el tema de la controversia sin más limitaciones que la misma ley pueda establecer. Tal como lo señala el profesor AGUILAR: "[…]conferida una potestad no hay que buscar en ella límite alguno; es la ley que regula la potestad, la que debe expresamente excluir determinados asuntos de su ejercicio y, si no lo hace, no pueden considerarse excluidos"[32].

Esto nos lleva a concluir que, la potestad de someter a arbitraje incluye a todos los temas relacionados a dicha relación contractual; y si la misma ley no ha establecido un límite para la arbitrabilidad de los actos administrativos, entonces los mismos serían arbitrables.

Siendo esto así, en esta situación, nos encontraríamos en el ámbito del ejercicio de las potestades estatales. Mientras en el Derecho Privado se recurre al arbitraje en ejercicio de la autonomía de la voluntad, siendo la ley la que pone límites a este ejercicio de libertad, en el Derecho Público la competencia para recurrir al arbitraje se entrega como un todo, al que no hay que buscar más límites que los que consten en la propia norma[33].

La anterior referencia que hace el profesor AGUILAR tiene que ver con la visión que dentro del Derecho Privado se le ha sido asignada a la arbitrabilidad como una limitación a la autonomía de la voluntad, mientras que en el Derecho Público, este límite no existiría si el mismo no se encuentra en la propia norma legal.

---

31. El artículo 4 de la LAM dice: "Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales: a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento; b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual; c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y, d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución. El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral."
32. J. AGUILAR ANDRADE, N. 24, p. 71 (2014).
33. Ibídem.

Muchos podrían atacar este criterio invocando el artículo 1 de la LAM que hace mención a las materias transigibles, sin embargo, este argumento es rebatible, tal como lo vamos a revisar con detenimiento más adelante.

Además, en el momento en el que existe una norma que permite el arbitraje en materias relacionadas con el Derecho Público, y el Estado ha pactado expresamente arbitraje, sí cabría dicho arbitraje, ya que ha sido el propio Estado quien ha decidido establecer la posibilidad de someterla a arbitraje, en aplicación de una potestad legalmente otorgada.

Revisando nuevamente tanto la norma constitucional como la legal, vemos que no existe límite alguno con referencia a los contratos administrativos ni a los actos administrativos derivados de dicha relación contractual.

Recurrir a lo establecido en el artículo 173 de la CRE no serviría de límite para la arbitrabilidad. Explico porqué.

El mencionado artículo establece que "los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados tanto en la vía administrativa como ante los órganos de la Función Judicial." Al encontrarse los artículos 173 y 190 en el mismo nivel constitucional, considero que ninguno prevalece por sobre el otro. Qué quiero decir: el artículo 173 establece, la que podríamos considerar como la regla general en cuanto a que los actos administrativos podrán ser impugnados por la vía administrativa o por la vía judicial, cubriendo así a la generalidad de los actos administrativos.

No obstante lo anterior, el artículo 190 complementa al 173 en cuanto a los actos administrativos contractuales, incluyendo, según nuestro criterio, a los actos administrativos que sin ser estrictamente contractuales, tendrían relación con el contrato. Este artículo establece, claramente, la posibilidad de arbitrar en la contratación pública, sin establecer ningún límite específico para la legalidad de los actos administrativos.

Por lo tanto, en caso de que en una relación contractual con el Estado en la que no se haya pactado arbitraje, los actos administrativos contractuales, podrían ser impugnados tanto en la vía administrativa como por la vía judicial; pero, si las partes han pactado arbitraje, estos pueden ser impugnados dentro del arbitraje, sin limitación alguna, salvo las propias limitaciones establecidas en la ley y en el convenio arbitral.

También podríamos decir que, al incluir la referencia a la contratación pública en la norma constitucional, se abrió la posibilidad de arbitrar los actos administrativos contractuales o relacionados con la relación contractual, manteniendo al artículo 173 para el resto de actos administrativos.

Un ejemplo de esta teoría es el artículo 10 de la Ley de Hidrocarburos[34], el cual empieza, de manera general, señalando que los actos administrativos emitidos por las entidades de dicho sector podrán ser impugnados por la vía administrativa aplicando el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), o por la vía judicial aplicando la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo; para después establecer la posibilidad de acudir al arbitraje para resolver las posibles disputas que sucedan dentro de los contratos suscritos al amparo de esa ley, de acuerdo con el convenio arbitral correspondiente, sin que se haya excluido de esta vía a los actos administrativos.

Si la CRE no limita a la arbitrabilidad de los actos administrativos, mal lo podría hacer una norma de nivel inferior como el Código Orgánico de la Función Judicial y la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Más bien consideramos que lo que hacen estos cuerpos normativos, es implementar lo constitucio-

34. Ley de Hidrocarburos. Art. 10. RO No. 711, 15/11/1978. Los actos jurídicos de las instituciones del sector podrán ser impugnados en sede administrativa o judicial. La impugnación en sede administrativa se hará de conformidad con el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. En sede judicial, se tramitará ante los tribunales distritales de lo Contencioso - Administrativo. Las controversias que se deriven de los contratos regidos por esta ley podrán ser resueltas mediante la aplicación de sistemas de mediación y arbitraje de conformidad con lo establecido en la ley y en el convenio arbitral correspondiente.

nalmente establecido por el artículo 173 en caso de que las partes decidan ir por la vía judicial para impugnar al acto administrativo contractual, siendo, entonces el tribunal de lo contencioso administrativo, y no otros –como por ejemplo los jueces civiles– los competentes para conocer la controversia. Lo mismo sucedería en caso del ERJAFE, si las partes decidiesen ir por la vía administrativa.

Lo mismo sucede con el artículo 4 de la LAM que es el que establece lo que la Administración debe cumplir para someterse a arbitraje, siendo lo establecido en el literal b) respecto a que la relación debe ser contractual, el único límite impuesto a la Administración.

Entonces, en palabras del profesor Aguilar:

> Cuando el arbitraje involucra a un ente público, los árbitros no están ligados por el mandato que surja de la voluntad autónoma de quienes pactaron el arbitraje, sino que se someten a los expresos mandatos legales sobre la materia que se somete a su conocimiento. Esto quiere decir que, en estos casos, un árbitro no evalúa temas renunciables sino que, como lo haría un juez contencioso administrativo, analiza la situación desde el punto de vista de la legalidad[35].

Tan cierta es la arbitrabilidad de los actos administrativos, que en la legislación ecuatoriana existen varias normas legales que otorgan la potestad legal a la Administración para acudir al arbitraje, en los casos en los que la Administración tiene la potestad para contratar, sin que en ellas se limite el uso del arbitraje para el control de la legalidad de los actos administrativos.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), que es la norma reina de la contratación pública, otorga la potestad a la Administración de someter a arbitraje disputas originadas de los contratos sometidos a dicha ley[36]. Es más, esta ley va más allá al establecer, específicamente, la posibilidad

35. J. Aguilar Andrade, N. 24, p. 73 (2014).

de acudir al arbitraje en las controversias originadas, por ejemplo, en la imposición de multas o la terminación unilateral de contratos[37], todas ellas implementadas por intermedio de actos administrativos.

Resulta obvio que los reclamos de los contratistas, solo pueden referirse a actos administrativos, lo que nos lleva a la conclusión de que es posible arbitrar la legalidad de dichos actos administrativos.

Pero esa no es la única ley ecuatoriana que permite el arbitraje para los actos administrativos. Por ejemplo, ya mencionamos lo que dice la Ley de Hidrocarburos, la cual, siendo una ley muy importante en el Ecuador, establece la posibilidad de someter a arbitraje las posibles disputas relacionadas con los contratos regidos por esa ley, sin que establezca ningún limite de arbitrabilidad de los actos administrativos[38].

Otra ley que incluye esta posibilidad para recurrir al arbitraje es la Ley de Modernización. Sobre la misma la jurisprudencia se ha pronunciado de manera clara, de la siguiente manera:

36. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 104, RO Sup. No. 395, 4/08/2008. Métodos Alternativos de Solución de Controversias.- De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva.
37. Ídem, Art. 71. Cláusulas Obligatorias.- En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de treinta (30) días. Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso. *Las multas impuestas al contratista pueden ser impugnadas* en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, *o en sede judicial o arbitral*. (las cursivas me pertenecen). Art. 95. Notificación y Trámite.- […] Si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento, en el término concedido, la Entidad Contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la Entidad Contratante, que se comunicará por escrito al contratista y se publicará en el portal institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP. *La resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de* reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, *arbitrales* o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista[…]" (las cursivas me pertenecen).
38. Ley de Hidrocarburos, RO No. 711, 15/11/1978, Art. 10.

> Los reclamos en vía judicial de los contratos administrativos, en cuanto al control de legalidad y al cumplimiento de sus estipulaciones, es propia del recurso o acción de lo contencioso administrativo, materia especializada, propia de la competencia privativa de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; la misma que nace de la relación de derecho material, que reconoce expresamente el legislador. Consecuentemente la acción de nulidad del contrato administrativo no corresponde a la competencia ordinaria civil, aunque se invoquen normas legales sustantivas que rigen el contrato de naturaleza civil, ya que hacer lo contrario es inobservar por falta de aplicación los artículos 1, 3 y 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que regulan ese tipo de litigios, en concordancia con el artículo 1 inciso 2 del Código de Procedimiento Civil. En resumen, el artículo 38 (r) de la Ley de Modernización del Estado, dispone imperativamente, que los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo "conocerán y resolverán" de todas las demandas, sin distinción alguna, *salvo los reclamos sometidos a mediación y arbitraje, que se refieran a contratos administrativos, entre ellos, por tanto, los de concesión de servicios, o concesión de uso de bienes públicos*; sin que esto, suceda en la especie[39] (las cursivas me pertenecen).

Pero existe otra opinión en la que la misma Corte Suprema del Ecuador, es aún más clara y explícita en cuanto a la posibilidad de arbitraje de los actos administrativos:

> Por estas razones en más de una oportunidad, como en el presente caso, establecido que la jurisdicción contencioso administrativa tiene competencia privativa y excluyente, *excepto en lo relativo a los procedimientos arbitrales, respecto de la contratación pública y mas aun, de todas las controversias derivadas de actos, hechos, contratos y reglamentos solo producidos o celebrados por las instituciones públicas,* esta Sala admitió, como en el presente caso, la procedencia del recurso de un auto inhibitorio expedido por los tribunales inferiores[40] (las cursivas me pertenecen).

39. Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, *Contraloría General del Estado-Municipalidad de Cuenca y Autoparque S.A*., Caso No. 59-2003, RO No. 9, 06/06/2003.
40. Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Gaceta Judicial 1, Serie XVIII, 18/10/2004.

Lo mismo ha sucedido con los tribunales arbitrales que se han pronunciado favorablemente respecto a la posibilidad de que sean ellos mismos quienes decidan sobre la legalidad de actos administrativos, los cuales han anulado actos administrativos de imposición de multas[41] o se han pronunciado sobre la legalidad de declaratorias de terminación unilateral de contratos[42].

En otro caso de arbitraje en la Cámara de Comercio de Quito entre el Consorcio E-VOTE y el Tribunal Supremo Electoral en el año 2007, se descartó la excepción de que de la terminación unilateral del Estado no era materia arbitral. El árbitro único rechazó la excepción, se declaró competente y fallo a favor del Estado, razonando que el Trámite de terminación unilateral y anticipada del contrato estuvo apegado a la Ley y al contrato[43].

Existe un último criterio que nos faltaría por revisar, con el cual reforzaríamos nuestra tesis sobre la arbitrabilidad de los actos administrativos, es el principio *pro arbitri*.

Con la evolución del arbitraje y su aceptación constitucional, también se ha desarrollado el denominado principio *pro arbitri*, el mismo que, palabras más palabras menos, sería el principio por el cual todos los actores jurídicos, incluidos los jueces ordinarios, deben realizar interpretaciones que favorezcan, impulsen y otorguen validez y eficacia al arbitraje.

En palabras del profesor Neira:

41. Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, *APLITEC S.A. v. Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil*, Laudo en Arbitraje, Caso No. 022-03, 21/07/2004; Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, *BIVA International S.A. y Bureau Veritas Inspectio Valuation Assessment and Control*, *BIVAC B.V. v. Corporación Aduanera Ecuatoriana*, Laudo en el Arbitraje, Caso No.027-03, 15/09/2004.
42. Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, *Fondo de Inversión Social de Emergencia v. CEPLAES*. Laudo en Arbitral. Caso No.077-09, 06/07/2011;Tribunal Arbitral del Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito, *Consorcio Ingenieros Pérez Coloma v. Ministerio de Obras Públicas*. Laudo en Arbitraje, Caso No. 009-2005, 6/04/2007.
43. E. Pérez Camacho, *Derecho Administrativo*, 3ra. Ed., Tomo II, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009. p. 980.

> El principio pro arbitraje que inspira al sistema ecuatoriano y que está consagrado en varias normas de la LAM, (artículos 5 inciso 3, 6, 7 inciso 2 y 35), impone a los árbitros y a los jueces hacer efectiva la voluntad de las partes cuando ha sido manifiesta para someter sus controversias al juicio de árbitros, independientemente del error de derecho en que aquellas hubieren podido incurrir al estipular que el laudo sea en equidad. En este caso el mandato legal que impone el arbitraje en derecho prevalece sobre el acuerdo de voluntades sin viciar de nulidad la cláusula arbitral[44].

Este principio también ha sido considerado como un blindaje para el arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, la aplicación de este principio tampoco puede ser absoluto, ya que el mismo arbitraje permite la intervención judicial para determinados temas, intervención que debería, idealmente, ser mínima y limitada, exclusivamente a proteger derechos fundamentales de las personas.

Además, este principio implicaría que, al haber pactado arbitraje dentro de un contrato en el cual la Administración es una de las partes, los árbitros, y si es del caso los jueces, deberán respetar dicho acuerdo arbitral y, si en el mismo no se ha establecido un límite a la arbitrabilidad de los actos administrativos de la Administración, los árbitros y jueces no deberían imponer ningún límite y, mas bien, en aplicación de este principio, deberían favorecer al arbitraje incluido para dichos actos administrativos.

La Corte Constitucional, dentro de un proceso de acción extraordinaria de protección, se pronunció de manera clara aplicando el principio pro arbitraje:

> Una vez que, […] se configuró un convenio arbitral con todos sus efectos, la justicia ordinaria estaba impedida, por no tener jurisdicción ni competencia para este caso, de conocerlo y resolverlo. Pues bien, como a pesar de este impedimento, tanto el Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, la Primera Sala de lo Civil de la ex Corte Superior de Justicia de Pichincha, hoy

44. E. Neira Orellana, N. 1. p. 427.

> Corte Provincial de Justicia, y la Segunda Sala de lo Civil de la ex Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, fallaron en el caso en mención, atribuyéndose una competencia que no tenían, vulneraron claramente el derecho del accionante al debido proceso en lo que respecta a ser juzgado por un juez o autoridad competente, con observancia del trámite propio de cada procedimiento[45].

En conclusión podemos decir que, los actos administrativos emitidos por la Administración relativos a un contrato administrativo en el cual se ha pactado arbitraje, los mismos sí serían arbitrables, fundamentados en que la arbitrabilidad de estos actos administrativos nace de una potestad otorgada por la ley, la misma que es ejercida por la Administración al momento que conviene o pacta arbitraje. El límite a la arbitrabilidad de los actos administrativos, únicamente, podría encontrarse o en la misma ley que establece la posibilidad de que la Administración pacte arbitraje o en el convenio arbitral por ella suscrito; por lo que, en caso de no haberse establecido dicho límite, los actos administrativos, inclusive su legalidad sería arbitrable.

Con base en lo anterior podemos decir que los tribunales arbitrales están obligados a respetar el principio de legalidad en cuanto a la posibilidad de arbitrar los actos administrativos, así como también están obligados a respetar la presunción de legalidad de los actos administrativos; y que, por tanto, la jurisdicción contencioso administrativa, no es exclusiva para realizar el control de legalidad de los actos administrativos.

45. Corte Constitucional. *Cobo v. Misle Zaidan*. *Citado por Jara Vásquez, María Elena*, Caso No. 172-09-EP, Sentencia 0006-10-SEP-CC, RO Sup. No. 159, 26/04/2010; "Decisiones de la Justicia Estatal Ecuatoriana Sobre Arbitraje. Un Análisis Desde la Perspectiva del Principio Favor Arbitralis", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 4, 2012, pp. 168-169.

3. De la transigibilidad en el derecho administrativo

Como vimos en la sección anterior, tanto la CRE como la LAM, después de proclamar la aceptación y validez del sistema arbitral en el Ecuador y de definir al arbitraje, señalan que el mismo se enmarca para resolver controversias susceptibles de transacción, sean estas presentes o futuras, sirviendo, entonces, como un límite para el arbitraje.

El artículo 2348 del Código Civil define a la transacción como "un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa."

La jurisprudencia ecuatoriana ha dicho lo siguiente respecto de la transacción:

> Por la transacción se hace el abandono de una pretensión o de un derecho que se creía tener, y ella importa, por esto, una disposición o una enajenación de este derecho; y, por otra parte, no puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetivos comprendidos en la transacción; de aquí que, para transigir a nombre de otra persona sea necesario su poder especial, con indicación de los bienes, derechos y acciones sobre que debe versar la transacción; pues, de otra suerte, habría de resultar que el mandatario pudiera usar a voluntad de la facultad para transigir, y también a voluntad disponer de los bienes y derechos de su mandante; lo cual es inaceptable[46].

Entonces, tomando las palabras de Andrade Cevallos, concluimos que:

46. Gaceta Judicial, Año XIX, Serie IV, No. 42, Quito. 24/06/1920. p. 336. Citado por M. Andrade Cevallos, N. 13, p. 207.

> Por lo expuesto, podríamos resumir que el objeto de una transacción puede incluir todos los asuntos que están en el comercio, que son de libre disposición de las personas, es decir, se puede transigir sobre todos los objetos y derechos que la persona puede libremente disponer. […] Se puede transigir sobre todas aquellas cosas que están en el comercio, que son objeto del derecho de dominio (cosas corporales e incorporales) las personas que pueden transigir son sus propietarios: personas naturales o jurídicas, personas de derecho privado o público[47].

Como lo hemos visto, la transigibilidad es una figura legal que nace y vive en el Derecho Privado, ya que estamos hablando de disposición de derechos individuales y de la voluntad de su titular para, libremente, disponer de ellos. Entonces, la transigibilidad vendría a constituirse en una especie de límite a esta libertad para disponer de los derechos de los particulares.

En contraposición a esto estaría la irrenunciabilidad de los derechos, con el objetivo de evitar que dichos derechos individuales y la voluntad de su titular no ofenda o traspase los derechos comunes de la sociedad o el llamado bien común de la sociedad.

Es por esto que no podemos desconocer que la transigibilidad es un elemento presente en el arbitraje, motivo por el cual, debemos repasar su incidencia en el mismo y, sobre todo, en el arbitraje administrativo.

Para empezar, tenemos que, necesariamente, hablar de requisitos de validez procesal del arbitraje, siendo la transigibilidad de la materia de la disputa uno de ellos, tal como lo establece el mencionado artículo 1 de la LAM. La disputa sometida a los árbitros, tanto así como el derecho controvertido que da origen a la disputa, ha de ser susceptible de transacción.

47. Ídem, p. 208.

Al respecto, veamos lo que Díaz-Candia nos dice:

> Para el arbitraje no es esencial que las partes renuncien a derechos, excepto el que se refiere a accionar ante los tribunales judiciales lo que han convenido en someter a arbitraje. Tampoco es esencial para el arbitraje que se repartan bienes, derechos o intereses entre las partes, de manera que ninguna resulte totalmente vencida[48].

En efecto, lo importante no viene a ser, necesariamente, que los derechos en disputa sean transigibles, sino más bien que la disputa sea transigible. Ciertamente, creo que el enfoque debe estar en la voluntad de las partes de someter dicha disputa al arbitraje. Someterse a arbitraje no implica de por sí, que uno va a disponer o renunciar irreversiblemente un derecho, ya que no es lo mismo que sea transigible a que sea renunciable; simplemente se lo va a litigar, que es diferente, con la obvia consecuencia de que lo puede perder en beneficio de otro que antes de la disputa no lo tenía. Entonces, sería la disputa sobre un derecho la que tiene que ser considerada como transigible o no, para que pueda ser sometida a arbitraje.

Una vez que se abrió la puerta del arbitraje para las disputas relacionadas a contratos administrativos, la doctrina transpoló los mismos requisitos del arbitraje entre privados para el arbitraje con el Estado, resultando esto en que se tenía que observar el tema de la transigibilidad en dichos arbitrajes, o sea la relación de esta con el Derecho Administrativo. En palabras del profesor Neira[49], el requisito de la transigibilidad también le es aplicable al Estado.

Era claro entonces que, para desarrollar un proceso arbitral es requisito indispensable que la materia sobre la cual verse el conflicto debe ser transigible y en esa línea, la doctrina empezó

48. H. Díaz-Candia, N. 14, p. 27.
49. [E]l Art. 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación prevé que podrán someterse a la jurisdicción convencional ejercida por árbitros las controversias susceptibles de transacción. Y éste que es requisito de validez para toda clase de controversias arbitrales, lo es también para aquellas en que el Estado sea parte; E. Neira Orellana, N. 15, p. 421.

por tratar de resolver la siguiente pregunta: ¿La declaratoria sobre la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo se circunscribe dentro de lo que se determina como materia transigible?

El mismo profesor NEIRA señala lo siguiente:

> Como regla de general aplicación en el ámbito del Derecho Público, no son transigibles las potestades que el orden jurídico reconoce a la administración pública y a las demás funciones del Estado para el cumplimiento de sus fines. Por tanto, no podrán ser objeto de transacción ni de litigio en un proceso arbitral el ejercicio de las potestades normativa, resolutiva, determinadora, recaudadora, sancionadora, ni la potestad pública constitucionalmente establecida para administrar el sistema electoral, legislar y juzgar, ejercer el patrocinio público, investigar delitos, controlar los bienes y recursos del Estado, o de precautelar su integridad interna y externa. Lo anterior revela una vinculación muy estrecha entre la transigibilidad del derecho como exigencia de carácter general aplicable a todas las controversias sometidas al juicio de árbitros (artículo 1 de la LAM), y el requisito de que la relación jurídica que será objeto de juzgamiento arbitral, en juicios en que sea parte el Estado, tenga naturaleza contractual (artículo 4 literal b) de la LAM)[50].

Esta corriente de pensamiento nos dice que las facultades de la administración, así como sus actuaciones no serían susceptibles de ser sometidas a arbitraje, ya que las mismas no son transigibles desde ningún punto de vista.

Sin embargo, habría una excepción a las relaciones contractuales en las que participa el Estado, las cuales sí podrían ser materia de juicio de árbitros. Tal como lo señala el profesor NEIRA, de acuerdo con LAM, la relación entre la transigibilidad y la materia contractual de la relación estarían ligadas en la consideración para someter a arbitraje una determinada actuación estatal, siendo así que, solo las actuaciones del Estado dentro de relaciones contractuales, serían capaces de ser sometidas a arbitraje.

50. Ibídem.

Esta también es la opinión de Montes De Echeverri, quien al analizar la posición que la jurisprudencia colombiana ha adoptado sobre la materia, comenta:

> […]es claro que la actuación de la Administración dentro de una relación contractual tiene una naturaleza distinta a aquella que cumple cuando actúa en función de imperio. En este caso, tiene un comportamiento similar al del particular dentro de la relación contractual, aun cuando tenga prerrogativas especiales. Así, según mi opinión, todas las manifestaciones de voluntad de la Administración en un contrato estatal pueden ser analizadas y juzgadas por el juez arbitral[51].

Sin embargo, a pesar de que ya se ha establecido que la Administración goza de la facultad para suscribir contratos administrativos, inclusive estableciendo en el mismo la posibilidad de uso de prerrogativas que lo pondrían en superioridad al contratista privado, el tema de la transigibilidad había sido un tema que no pudo ser sorteado con facilidad para que la Administración pueda pactar arbitraje y, sobre todo, que sus actos administrativos puedan ser impugnados en arbitraje.

Producto de esta discusión dio nacimiento, por ejemplo, a la teoría de la arbitrabilidad de los efectos patrimoniales de los actos administrativos, tal como lo revisamos anteriormente; o, la teoría de la arbitrabilidad únicamente de los actos administrativos discrecionales pero no de los actos administrativos reglados, llegando, igualmente a la conclusión de que todos los actos administrativos, inclusive los discrecionales están sometidos a la legalidad y por tanto no serían transigibles, ergo, arbitrables[52].

Y, a pesar de que algunos criterios se han emitido al respecto, considero que el profesor Aguilar, es quien ha brindado la respuesta más adecuada al problema de la transigibilidad de los actos administrativos en el arbitraje.

51. S. Montes de Echeverri, "La solución de controversias contractuales por la vía arbitral", *Revista de Derecho Público*, No. 14, Universidad de Los Andes, 2002, p. 141. Citado por J. Aguilar Andrade, "Sobre las Materias Arbitrables en el Derecho Administrativo", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 1, 2009, p. 29.
52. E. Salcedo Verduga, "El Arbitraje: La Justicia Alternativa." 1ra. Ed., 2001. p. 37.

Magistralmente, el profesor AGUILAR ha desarrollado el tema y ha expresado, en conclusión, que en el Derecho Administrativo no hay cabida para el concepto de la transigibilidad. Al establecer la ley, la competencia o facultad de la Administración Pública de acudir al arbitraje, la transigibilidad no tiene cabida[53], por lo que sus actos administrativos serían plenamente arbitrables[54].

Dice el profesor AGUILAR que la Administración no actúa sobre la base del principio de libre disponibilidad de derecho, sino mas bien que actúa sometida al principio de legalidad, pudiendo hacer únicamente lo que el ordenamiento jurídico le dispone[55], tal como lo revisamos en la sección anterior.

Si la Administración no actúa en el plano de las libertades, sino en el plano de la legalidad, exclusivamente, donde los derechos no son libremente disponibles, el concepto de la transigibilidad como límite al ejercicio de la libertad, pierde todo sentido, por lo que, en el ámbito del Derecho Administrativo no sería aplicable el concepto de la transigibilidad como requisito para la arbitrabilidad, mas bien, la posibilidad de arbitrar los actos administrativos se trataría del cumplimiento de potestades legalmente establecidas en la ley[56].

Entonces, en el arbitraje administrativo, el límite a su arbitrabilidad, incluida la arbitrabilidad de los actos administrativos, no estaría limitada por la transigibilidad como requisito *sine qua non* para su validez, sino que sería el principio de legalidad su requisito indispensable, siendo entendido esto, tal como lo revisamos en el capítulo anterior, que la ley le haya otorgado la potestad de acudir al arbitraje para revisar la legalidad de los actos administrativos, sin más limites que los propios establecidos en la misma ley.

Por lo tanto, sin libertad de por medio, no hay que preguntarse qué es aquello sobre lo cuál esa libertad no puede ejercerse

53. J. AGUILAR ANDRADE, N. 24, p. 67 (2014).
54. Ídem, p. 74.
55. Ídem, p. 68.
56. Ídem,. p. 69.

y, por lo tanto, la idea de transigibilidad carece de sentido en el arbitraje administrativo[57].

BULLARD ha expresado algo parecido:

> Sin duda uno puede decir que la facultad de dictar y hacer cumplir leyes no es de libre disposición. Quién podría dudarlo. Pero si la Ley lo autoriza, esa facultad puede ser arbitrable, no porque no sea de libre disposición, sino porque el marco legal autoriza su arbitrabilidad. No se debe por tanto confundir que las leyes no sean de libre disposición con el hecho de que las consecuencias contractuales de esas leyes no sean arbitrables[58].

Atando esto a lo mencionado en la anterior respecto a la arbitrabilidad de los actos administrativos tenemos que, en Ecuador sí existen normas legales que otorgan esta competencia de acudir al arbitraje para resolver las disputas que podrían sucederse al amparo de dichos cuerpos normativos, sin que en los mismos se hayan establecidos límites a dicha arbitrabilidad, por lo que, esta arbitrabilidad sería absoluta, incluyendo la posibilidad de revisar la legalidad de los actos administrativos derivados de dichas relaciones con particulares.

Recordemos, por ejemplo, lo mencionado con respecto a la LOSNCP o la Ley de Hidrocarburos, en las cuales se confiere al Estado la competencia para convenir arbitraje para resolver las posibles disputas que podrían suceder dentro de los contratos celebrados con contratistas particulares al amparo de dichas leyes. Estas normas no han establecido límite alguno respecto a la arbitrabilidad de los actos administrativos emitidos dentro de dichos contratos, por lo que no cabría, entonces, buscar más límites a esta arbitrabilidad.

La conclusión a la que llega el profesor AGUILAR, con la cual compartimos, es completamente satisfactoria para el tema de la

57. Ídem, p. 71.
58. A. BULLARD GONZÁLEZ, "El Estado Soy Yo. Arbitraje y Regulación: ¿Son los Árbitros los Nuevos Reguladores?", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 4, 2012, p. 321.

arbitrabilidad de los actos administrativos, desde todo punto de vista:

(i) ratifica la teoría apoyada en este trabajo de que la arbitrabilidad de los actos administrativos depende de las competencias que la misma ley le otorga a la Administración, si la ley le concede la facultad para suscribir acuerdos arbitrales, entonces, la Administración así lo puede hacer;
(ii) resuelve de manera incontrovertida el tema de la transigibilidad con relación al Derecho Administrativo, al determinar que dicha institución del Derecho Privado no tiene cabida en el Derecho Público, por lo que no puede ser asumido como un requisito para la arbitrabilidad de los actos administrativos; y,
(iii) en Derecho Administrativo, no habrían más límites a la arbitrabilidad que los propios límites establecidos en la propia ley, por lo que si esta no establece ningún límite, sobre todo para la arbitrabilidad de los actos administrativos, entonces no cabría que se establezcan otros límites ajenos a dicha ley.

4. De la arbitrabilidad de los actos administrativos en el derecho comparado y en el arbitraje internacional

Una vez que hemos llegado a la conclusión de que los actos administrativos emanados de la Administración relacionados con los contratos que suscribe para la consecución de sus objetivos, serían plenamente arbitrables, inclusive su legalidad, es necesario que revisemos cual ha sido el desarrollo de este tema, tanto en las legislaciones internas de otros países, así como también dentro del arbitraje internacional.

4.1 En el derecho comparado

En Colombia, el desarrollo del tema ha sido poco favorable hacia la arbitrabilidad de los actos administrativos. Con base en los pronunciamientos del Consejo de Estado, este país ha optado, principalmente, por la tesis de los efectos patrimoniales.

> […]la legalidad de los actos administrativos no es transigible y, por tanto, no puede someterse a decisión de los árbitros; pero por el contrario, las causas y los efectos patrimoniales de los actos administrativos podrán someterse a decisión del juez arbitral siempre y cuando la controversia no sea consecuencia directa de la legalidad del acto administrativo del cual se deriva y que los actos administrativos que sirvan de fundamento a la acción no hayan sido dictados en uso de los poderes excepcionales de la Administración[59].

En Venezuela, ha sido la doctrina quien se ha pronunciado de manera favorable en el tema de la arbitrabilidad de los actos administrativos.

> En arbitraje interno de los contratos administrativos, se debe entender que si se puede arbitrar la anulación de los actos administrativos, salvo expresa exclusión en la misma cláusula arbitral. […] incluso para la anulación de actos administrativos, es aceptable que la voluntad de las partes, aunada a la voluntad de la ley, implique la sustracción de la jurisdicción judicial, siempre y cuando se asegure que la voluntad de las partes sea expresada de manera verdaderamente libre, o al menos con conocimiento de causa y suficiente advertencia[60]. […] Se establece que un árbitro puede anular un acto administrativo de igual manera como lo puede hacer un juez. […] La jurisdicción de los árbitros para analizar la legalidad de los actos administrativos deviene del consentimiento otorgado

59. D. Posse, "Restricciones a las entidades estatales colombianas para acudir al arbitraje internacional", F. Mantilla (Coor.), en *Arbitraje internacional, Tensiones actuales*, 2007. p. 15. El autor resume el contenido de una sentencia del Consejo de Estado Colombiano de 8 de junio de 2000 (exp. 16973). Para profundizar este tema en Colombia véase M. Ibagón, *Los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales y el arbitraje en Colombia*, Serie de Derecho Administrativo, No. 16, 2012.
60. H. Díaz-Candia, N. 1, pp. 108-110.

> por la Administración. Hay que tener en cuenta la separabilidad de los actos administrativos con el contrato administrativo como tal, más aun si contiene la cláusula arbitral y si esta cubriría o no a esos actos administrativos. La no inclusión debería limitarse a los actos administrativos precontractuales. Los actos administrativos integrantes del contrato deben considerarse dentro del ámbito de la cláusula arbitral tomando en cuenta la amplitud de la misma[61].

De la misma manera, en el Perú, el profesor BULLARD ha dicho lo siguiente:

> Lo importante es entonces tener en cuenta que, si la ley autoriza la arbitrabilidad de materias que en principio no son de libre disposición, esa autorización hace que las materias sean arbitrables. Y en el caso de muchos de los países de la región, el marco legal autoriza a que dicha arbitrabilidad sea posible, con las particularidades que puedan presentarse en cada uno de estos ordenamientos[62].

En los Estados Unidos de América, ha sido su Corte Suprema de Justicia, quien desde hace ya varias décadas, se ha pronunciado favorablemente respecto de la arbitrabilidad, diciendo que la existencia de una norma dentro de una materia considerada como de "orden público" que regule la cuestión a decidir, no impide, *per se*, que los árbitros conozcan de ella. Y, a pesar de haber también establecido que no toda materia puede ser arbitrable, ha señalado que la arbitrabilidad sería la regla y, por ende, la no-arbitrabilidad la excepcional, debiendo esta ser interpretada restrictivamente, debiendo aplicarse solo en temas que claramente han sido determinadas como no arbitrables[63].

Según esta distinguida Corte, la resolución al tema de la arbitrabilidad se encontraría en la propia ley que permita o no el

61. Ídem, pp. 148-149.
62. A. BULLARD GONZÁLEZ, N. 58, pp. 331-332.
63. U.S. Supreme Court, 13/05/1991, in re *Gilmer v. Interstate/Johnson Lance Corp*., 500 U.U. 20. U.S. Supreme Court, 8/06/1987, in re *Shearson/American Express Inc*. *v*. *McMahon*, 482 U.S. 220. U.S. Supreme Court, 11/12/2000, in *re Green Tree Financial Corp*. *Alabama et al*. *v*. *Randolph*, No. 99-1235, 531 U.S. 79. Citado por R. CAIVANO, N. 1, p. 358 (2008).

sometimiento al arbitraje de determinada cuestión y la determinación que deban realizar los propios árbitros respecto a su capacidad para decidir la materia a ellos sometida (principio *kompetenz-kompetenz*).

Es así como, con una evidente tendencia pro arbitraje, esta Corte Suprema ha declarado como arbitrables las controversias que involucran derechos contenidos en normas imperativas que se creían reservadas para los jueces estatales como eran las normas de transacciones bursátiles[64], de competencia (*Antitrust*)[65] y de daños punitivos (*punitive damages*)[66].

4.2 En el arbitraje internacional

En el ámbito del arbitraje internacional, sea este comercial o de inversiones, el tema de la arbitrabilidad de actos administrativos ha sido amplia y favorablemente acogido.

Partiendo del hecho cierto del ostensible crecimiento y desarrollo de las inversiones extranjeras, principalmente en los países en vías de desarrollo sobre todo dentro de los ámbitos de los servicios públicos y de los denominados sectores estratégicos, los inversionistas buscaron herramientas efectivas para la protección de sus inversiones.

Una de estas fue sin duda el arbitraje, con el objetivo de encontrar un foro neutral para la solución de las posibles controversias que se podían suscitar con los países receptores de dichas inversiones, sin necesidad de recurrir a las cortes locales. Fue así como los Estados empezaron a aceptar esta jurisdicción arbitral dentro de las relaciones contractuales entabladas con los inversionistas extranjeros.

64. U.S. Supreme Court, *Shearson /American Express Inc. v. McMahon*, 482 U.S. 220 (1987). Citado por R. Caivano, "Planteos de Inconstitucionalidad, N. 6, pp. 124-125 (2006).
65. U.S. Supreme Court, *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth*, Inc; 473 U.S. 614 (1985).
66. U.S. Supreme Court, *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton*, Inc., 514 U.S. 52 (1995).

Como lo señala Craig, Park y Paulsson refiriéndose al arbitraje internacional:

> El arbitraje comercial internacional es usualmente el único proceso adjudicatorio aceptable para ambas partes en los contratos con el Estado. El Estado buscará arbitraje para evadir la publicidad, o evitar someterse a la Corte de un país extranjero que aparecería como una afrenta a su soberanía. La empresa multinacional puede temer que las Cortes del país anfitrión sean influenciadas indebidamente por su gobierno, o que sin una sumisión al arbitraje podría no haber certeza de la renuncia a la soberanía del Estado[67].

De esta manera, los Estados evitaban el tener que someterse a jurisdicciones de otros países y los inversionistas encontraron una vía confiable a la cual acudir en caso de disputas con el Estado receptor de su inversión. En este marco, el arbitraje resultó ser el método idóneo, ya que es un tercero, privado, imparcial quien tendría la tarea de decidir sobre una disputa, con la suficiente independencia como para obrar de una o otra manera, sin verse afectado por posibles presiones o influencias por parte de los altos mandos estatales, o verse afectado por parcializaciones que podrían ocurrir en otros foros.

Tanta fue la aceptación del arbitraje, que los Estados desde hace varios años atrás han suscrito tratados internacionales dentro de los cuales se ha establecido como método de solución de controversias al arbitraje.

Los claros ejemplos de estos tratados son los famosos Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TBI), en los cuales se han establecido como posibles vías de solución el sometimiento al Centro Internacional para el Arreglo de Disputas sobre Inversiones (CIADI) o a procedimientos arbitrales Ad-Hoc bajo las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las

67. Traducción libre. L. Craig, W. Park, W. William y J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3ra. Ed., New York. Ocean Publication Inc. p. 661. Citado por A. Bullard González, N. 27, p. 168-169 (2006).

Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), dentro de los cuales un inversionista que se sienta afectado por un acto del Estado pudiere reclamar la responsabilidad de dicho Estado siguiendo estos procesos.

Producto de esto es que tenemos que dentro de estos arbitrajes internacionales, se ha admitido la posibilidad de arbitrar no solo los contratos administrativos por los cuales se han instrumentado estas inversiones, sino también, los actos administrativos por los cuales la Administración Estatal ha actuado dentro de dicha relación contractual.

Varios han sido los tribunales de arbitraje que han discutido y aceptado, sin limitación, la arbitrabilidad de los actos administrativos en cuanto a su validez y eficacia. Un ejemplo reciente y muy renombrado es el caso de la compañía petrolera norteamericana Occidental en contra de la República del Ecuador en donde se discutió sobre la arbitrabilidad del decreto de caducidad, el cual, obviamente, se trataba de un acto administrativo[68].

Tal como lo podemos apreciar de los razonamientos señalados anteriormente, el desarrollo internacional, doctrinario y jurisprudencial de la arbitrabilidad ha sido siempre, extraordinariamente, a favor del arbitraje, eliminando en gran medida la posibilidad de alegar la no arbitrabilidad de asuntos que tengan que ver con normas de carácter imperativo o de plano con normas de orden público, permitiendo que los árbitros tengan la facultad de conocerlos y decidir sobre ellos, dentro de los cuales podríamos incluir a los actos administrativos contractuales emitidos por los Estados.

68. ICSID, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, Laudo, Case No. ARB/06/11, 05/10/2012. Disponible en <http://goo.gl/1Po5CO>. También se pueden varios otros casos en los cuales decretos de caducidad fueron conocidos, discutidos por tribunales de arbitraje. Véase ICSID, *Burlington Resources Inc. v. The Republic of Ecuador*. Decisión on Liability. Case No. ARB/08/5, 14/12/2012, disponible en: <http://goo.gl/TI1nk9>. Véase, ICSID, *Perenco Ecuador Limited v. The Republic of Ecuador*, Decision on Remaining Issues of Jurisdiction and on Liability, Case No. ARB/08/6, 12/09/2014, disponible en: <http://goo.gl/he2bZP>.

Internacionalmente, este argumento también encuentra su razón de ser en los principios generales del Derecho. Tal como lo mencionamos anteriormente en el ámbito del arbitraje nacional, la arbitrabilidad, dentro del arbitraje internacional, también encuentra su sustento en los principios de buena fe contractual y *pacta sunt servanda*, principios rectores y fundamentales del derecho internacional.

Sobre este particular MONTOYA ha señalado:

> […]una vez que el Estado o sus administraciones públicas han suscrito una cláusula de arbitraje, se han comprometido con carácter internacional y en forma irrevocable[69].

De la misma manera, DELAUME comparte esta opinión:

> […]Un número impresionante de precedentes indican que tales prácticas tienen pocas posibilidades de ser exitosas. Incluso en casos en los que se demostró que no se siguieron todos los procedimientos previstos bajo la Ley del propio Estado, los tribunales arbitrales, de manera consistente han sostenido que el Estado involucrado tienen un deber en buena fe de revelar la situación a la otra parte y que la omisión en hacerlo impide al Estado para posteriormente cuestionar la invalidez de su compromiso[70].

Por último, el mismo BULLARD al respecto también nos dice "el Estado no puede contradecir sus propios actos y, por tanto, queda sometido a la voluntad expresada, sin perjuicio del análisis de su legitimidad a la luz de la legislación doméstica[71]".

En conclusión, en cuanto a la arbitrabilidad de los actos administrativos dentro del ámbito del arbitraje internacional, no ha quedado duda alguna que los actos administrativos del Estado pueden ser arbitrables, en consideración a principios generales

69. U. MONTOYA ALBERTI, *El Arbitraje Comercial*, 1988. p. 72.
70. Traducción libre. G. DELAUME, "The Finality of Arbitration Involving States: Recent Developments", *Arbitration International*, 1989, Vol. 5(1), p. 26.
71. Ibídem.

del Derecho como son la buena fe contractual y el *pacta sunt servanda* que prevalecerían por sobre cualquier tipo de legislación nacional que se oponga a dicha arbitrabilidad.

5. Conclusiones

La arbitrabilidad se ha expandido de una manera significativa, pudiendo, ahora, considerarse como arbitrables una gran gama de materias que antes no lo eran. La posición actual respecto a la arbitrabilidad es que la misma está tan abierta y aceptada, que debe ser considerada como la regla y no como la excepción, permitiendo a los árbitros conocer sobre los diferentes temas puestos bajo su competencia, bajo el control del Poder Judicial en caso que una de las partes en la disputa considere que los árbitros han fallado en su deber de aplicar las normas legales o de haberlas aplicado de forma tal que se vea afectado el interés general.

La CRE, la LAM, LOSNCP, entre otras identificadas a lo largo del texto, han sido las que han otorgado al Estado la facultad para acudir a arbitraje. Entonces, podemos decir que: sí existe una norma que, expresamente, permite al Estado acudir al arbitraje para solucionar las disputas que surjan con sus contratistas, lo normal será que ellas sean aptas para hacerlo sin obstáculo alguno, además de los límites impuestos por la propia ley y el convenio arbitral, y que sea el tribunal arbitral quien decida su propia competencia con relación a las disputas a ellos sometidas (con base en el principio *kompetenz-kompetenz*), sin que, por el mero hecho de que estas cuestiones sometidas a ellos tengan que ver, en todo o en parte, con normas de interés general como sería, por ejemplo, la legalidad de los actos administrativos, sea un límite para acudir al arbitraje.

Esto nos llevó a concluir que los actos administrativos emitidos por la Administración relativos a un contrato administrativo en el cual se ha pactado arbitraje, sí serían arbitrables, fundamen-

tados en que la arbitrabilidad de los mismos nace del ejercicio de una potestad otorgada por la ley, la misma que es ejercida por la Administración al momento en que conviene o pacta arbitraje. El límite a la arbitrabilidad de los actos administrativos, únicamente, podría encontrarse o en la misma ley que establece la potestad para que la Administración pacte arbitraje o en el convenio arbitral por ella suscrito; por lo que, en caso de no haberse establecido dicho límite, los actos administrativos, incluyendo su legalidad sería arbitrable.

Con base en lo anterior también podemos concluir que los árbitros están obligados a respetar el principio de legalidad en cuanto a la posibilidad de arbitrar los actos administrativos, así como también están facultados a revisar la legalidad de los actos administrativos; y que, por tanto, la jurisdicción contencioso administrativa, no es exclusiva para realizar el control de legalidad de los actos administrativos.

Al referirnos al tema de la transigibilidad como un límite a la arbitrabilidad, hemos dicho que, en el arbitraje administrativo, el límite a arbitrabilidad de la legalidad de los actos administrativos, no estaría limitada por la transigibilidad como requisito *sine qua non* para su validez, sino que, sería el principio de legalidad su requisito indispensable, siendo entendido esto, que la ley le haya otorgado la potestad al Estado para acudir al arbitraje, haya o no, incluido un límite para revisar la legalidad de los actos administrativos. Por lo que, el concepto de transigibilidad, como límite a la autonomía de la voluntad, tal como ha sido concedida en el Derecho Privado, carece de sentido en el Derecho Administrativo y, principalmente, en el arbitraje administrativo.

La Relación entre El Derecho de la Competencia y el Arbitraje en Ecuador

*Fabián T. Pozo**

Recibido/Received: 26/07/2016
Aceptado/Accepted: 19/08/2016

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** Arbitrabilidad y Derecho de la Competencia. **2.1** La jurisprudencia norteamericana sobre arbitraje y derecho de la competencia. **2.2** La jurisprudencia europea sobre arbitraje y derecho de la competencia. **2.3** El caso ecuatoriano a la luz de la jurisprudencia internacional. **3.** Arbitraje y competencia: puntos prácticos para un sistema en construcción. **3.1** El arbitraje como mecanismo para la determinación de daños producto de una conducta sancionada por la LORCPM. **3.2** Arbitraje sobre conductas de competencia desleal previstas en la LORCPM**. 4.** Cláusulas arbitrales contrarias a la legislación de competencia. **5.** El arbitraje como parte de un compromiso para la aprobación de operación de concentración sujeta a condición. **6.** Exclusión de controversias sobre derecho de competencia en convenios arbitrales con el Estado: la normativa de competencia como "pretexto" en el Art. 34 de la Ley de Telecomunicaciones. **7.** Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: derecho de la competencia, arbitrabilidad, competencia desleal, poder de mercado, control de concentraciones.

* Socio en Gottifredi Pozo Abogados, Profesor en el Diplomado en Derecho de la Competencia de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Abogado con distinción "Honorato Vásquez", por la Universidad del Azuay, Máster en Derecho por la Universidad de California, Berkeley, Diplomado en Derecho Corporativo por la Universidad de California, Berkeley.

F. Pozo, "La Relación entre El Derecho de la Competencia y el Arbitraje en Ecuador", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 2015.

KEYWORDS: competition law, arbitration, unlawful competition, market power, merger control.

RESUMEN: En este artículo se analiza las relaciones entre arbitraje y derecho de la competencia, en el contexto de la normativa ecuatoriana de la materia. Se utiliza la jurisprudencia norteamericana y europea como referencia para el caso ecuatoriano, en el que aún no existen pronunciamientos sobre el tema. Se esbozan los puntos más frecuentes de interconexión entre derecho de la competencia y arbitraje.

ABSTRACT: This article analyzes the relations between arbitration and competition law, applied to the Ecuadorian case. American and European Case Law are used as reference, as at this time there are no relevant decisions over these matters by Ecuadorian Courts. Frequent points of connection among competition law and arbitration procedures are listed and commented.

1. Introducción

La naturaleza privada y consensual del arbitraje haría pensar que el derecho de la competencia queda fuera de la frontera de la arbitrabilidad, por tratarse de derecho público económico. Sin embargo, existen múltiples situaciones en las que el derecho de la competencia se entrelaza con el arbitraje, sea por la aplicación de normas de competencia por parte de los árbitros, o por considerarse a una cláusula arbitral como parte de una conducta anticompetitiva.

Las normas del derecho de la competencia tienen una naturaleza de carácter público por establecer infracciones a manera de tipos antijurídicos, cuyo objeto es perseguir la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores a través de la tutela del proceso competitivo. Nuestro sistema jurídico, así como la mayoría de legislaciones occidentales, prevé un procedimiento

administrativo sancionador para castigar ciertas conductas consideradas contrarias a este objetivo, el cual puede derivar en procedimientos judiciales.

Hasta allí, aparentemente sería poco lo que queda para el arbitraje en materia de competencia. Sin embargo, la tendencia internacional actual es extender la frontera de la arbitrabilidad hasta incluir la aplicación de normas de derecho de competencia, generalmente de la mano de una creciente tendencia a favor del *enforcement* privado de la legislación antimonopolio.

Siendo aún pocas las decisiones sancionatorias dictadas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante, SCPM) y sin que ninguna impugnación judicial a estas resoluciones haya llegado hasta la Corte Nacional de Justicia, quizá resulta prematuro analizar la posible aplicación en arbitraje de las normas previstas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado[1] (en adelante, LORCPM), y viceversa, que una cláusula arbitral pudiera ser en ciertas circunstancias considerada parte de una práctica anticompetitiva; sin embargo, dada la creciente tendencia internacional, cabe explorar estas posibilidades.

Existen varios supuestos posibles al analizar la relación entre arbitraje y derecho de competencia, que a la fecha no tendrían respuesta clara en la ley y jurisprudencia ecuatoriana; por ejemplo:

1. ¿El derecho de la competencia puede ser aplicado por los árbitros, por ejemplo, para declarar la nulidad de una cláusula contractual por ser contraria a la LORCPM?;
2. ¿Podría anularse un laudo arbitral por haber ordenado el cumplimiento de una obligación pactada en una cláusula que podría considerarse contraria a la LORCPM?;
3. ¿La declaratoria de nulidad por anticompetitiva de una cláusula contractual en arbitraje es suficiente para iniciar la acción de daños y perjuicios prevista en la LORCPM?;

1. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, RO Sup No. 555, 13/10/2011.

4. ¿Puede considerarse a la cláusula arbitral como un mecanismo de *enforcement* de prácticas de cartelización prohibidas por la LORCPM, y por tanto, un agravante para fines de determinación de la sanción?;
5. ¿En caso de suscribir un compromiso de cese o de autorización de operación de concentración con la SCPM, podría incluirse una cláusula arbitral respecto de disputas sobre la ejecución del mismo?;
6. ¿La nulidad de pleno derecho que la LORCPM prevé como sanción para los acuerdos restrictivos de la competencia podría afectar a la validez del convenio arbitral incluido en el mismo contrato?

Estas, entre otras preguntas, saltan a la vista al reflexionar sobre las relaciones entre el régimen de competencia y el arbitraje; algunas de las cuales se ahondan con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), cuerpo legal que al parecer se "olvidó" de la existencia de normas procesales en la LORCPM y no las derogó expresamente[2].

Si bien el arbitraje no pretendería en momento alguno sustituir el poder de policía y la capacidad sancionadora de las autoridades de defensa de la competencia como la SCPM, la creciente cultura arbitral y la decisión de disputas en temas privados relacionadas con temas de competencia, a menudo exige a los árbitros analizar la aplicación de las normas que regulan la libre competencia para dilucidar los respectivos derechos de las partes[3] dentro del procedimiento arbitral. Asimismo, la tendencia internacional a someter los conflictos más complejos y técnicos a instancias arbitrales, han ido derribando buena parte de los argumentos que impedían la llegada del arbitraje a los campos del derecho de competencia.

2. El COGEP derogó expresamente las normas de carácter procesal de varios cuerpos legales, como el Código Tributario, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, etc., sin embargo no hizo mención alguna a la LORCPM, a pesar de que ésta prevé en su artículo 69 un tratamiento especial en materia de afianzamiento y de suspensión de los efectos del acto administrativo. A mi criterio, existe derogatoria tácita de este artículo en virtud de la disposición derogatoria general del COGEP, sin embargo pueden darse conflictos de aplicabilidad a futuro.
3. A. Creus Carreras y J. Juliá Inselser, *Arbitraje y Defensa de la Competencia*. Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo, 2008. p. 6.

Tradicionalmente existía reticencia a admitir que los árbitros pudieran decidir temas relacionados con la libre competencia en los mercados. Dicha oposición normalmente atacaba la arbitrabilidad de la disputa por considerar a la defensa de la competencia como una norma imperativa cuya aplicación debe estar garantizada, en último término, por una autoridad pública[4]. Sin embargo, esa posición tradicional ha ido evolucionando de forma favorable para el arbitraje, particularmente en temas de arbitrabilidad.

Nuestra Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante, "LAM") nada dice sobre el asunto, siendo esto lógico al haber sido codificada 6 años antes de que el Ecuador cuente con su primera ley de competencia. Tampoco el COGEP arroja mayor luz sobre el tema. Internacionalmente, como veremos a continuación, la tendencia anglosajona y europea es claramente favorable para el arbitraje en varios temas *antitrust*.

2. Arbitrabilidad y derecho de la competencia

Uno de los puntos más complejos y discutidos en materia de competencia es el de arbitrabilidad. Según los detractores del arbitraje en esta área, los tribunales arbitrales no están sujetos al control público que requiere el interés general en una economía competitiva, interés que estaría por encima de la autonomía contractual de las partes que se someten a un arbitraje.

Sin embargo, la respuesta jurisprudencial y doctrinal a esta crítica anti-arbitraje, se ha basado en la posibilidad de control posterior de los laudos contrarios al orden público, sea en su ejecución o mediante el recurso de anulación, al igual que en otras materias comúnmente arbitradas, como los conflictos energéticos o de inversiones.

4. Ibídem.

También se ha argumentado acerca de la limitación de las posibles indemnizaciones ordenadas en arbitraje a las partes, tratándose de posibles afectaciones a perjudicados indeterminados por un daño al mercado o al proceso competitivo en sí mismo. De igual forma, la respuesta ha venido desde la existencia de posibles tercerías, como en cualquier área del derecho.

2.1 La jurisprudencia norteamericana sobre arbitraje y derecho de la competencia

El punto de mayor controversia en la relación entre estas dos materias ha sido la aparente incompatibilidad del carácter público de las normas de regulación de la competencia con la naturaleza privada del arbitraje. Inicialmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó la arbitrabilidad del derecho de la competencia en el caso *American Safety Equipment Corp. v. J. P. Maguire & Co.*[5]

En este caso, *American Safety* demandó la nulidad de un contrato de licencia de marcas argumentando que el contrato era nulo por ser contrario a la normativa antimonopolio norteamericana (*Sherman Act*) al reforzar el poder de monopolio de la contraparte. La parte demandada reconvino argumentando que existía un convenio arbitral. Al llegar el caso a la Corte Suprema, se rechazó la arbitrabilidad de los asuntos *antitrust*, utilizando para ello tres argumentos que resumo a continuación[6]:

1. Las reclamaciones privadas en derecho de la competencia son parte integral del esfuerzo de las normas de defensa de la competencia de promover el interés nacional en una economía competitiva, por tanto, es dudoso que el legislador quisiera que dichas reclamaciones se resolviesen en un foro distinto de los tribunales de justicia.

5. U.S. Supreme Court, *American Safety Equipment Corp. v. J. P. Maguire & Co.*, 391, F.2d, 1968.
6. Ibídem.

2. Los casos de competencia suponen normalmente temas complejos y una prueba extensa y diversa, siendo más conveniente un procedimiento judicial.
3. Es cuestionable la adecuación de un árbitro, que frecuentemente es elegido por su experiencia empresarial, para decidir temas de defensa de la competencia que generalmente regulan a la comunidad empresarial.

Pero, posteriormente la Corte revisó su criterio en el caso *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*[7] En este asunto referente a arbitraje internacional, una empresa japonesa, una empresa suiza y un distribuidor de Puerto Rico firmaron un contrato de venta y distribución con una cláusula de sumisión a arbitraje ante la Asociación Japonesa de Arbitraje Comercial. El distribuidor incumplió el volumen de ventas requerido y las empresas suiza y japonesa le denegaron suministros. Estas empresas solicitaron la formalización del arbitraje mientras que el distribuidor se opuso y reconvino en base a la infracción de normas de competencia norteamericanas.

La Corte Suprema "desbarató" la doctrina de *American Safety* arriba citada indicando que:

1. La complejidad del asunto no es un obstáculo por la adaptabilidad y acceso de los árbitros a expertos, así como por la posibilidad de las partes de tener en cuenta dicha complejidad en la selección de árbitros.
2. La apariencia de una disputa de competencia no permite asumir automáticamente que la cláusula de arbitraje es nula por ser fruto de una imposición abusiva o fraude.
3. La cortesía internacional, el respeto de las jurisdicciones extranjeras y la sensibilidad del comercio internacional a un sistema predecible de resolución de disputas requieren ejecutar el acuerdo de sumisión de las partes aunque lleve a un resultado contrario al que resultaría en un contexto doméstico.

7. U.S. Supreme Court, *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 1985.7

Cabe resaltar que el reconocimiento de la arbitrabilidad del derecho de la competencia no implica negar el interés público en la aplicación de la normativa de competencia y su posible consideración a los efectos de una eventual violación del orden público en el procedimiento de reconocimiento y ejecución[8], pero, la Corte Suprema en *Mitsubishi* recuerda que dicha labor de control de orden público se limita a una averiguación no intrusiva de si el tribunal tuvo en consideración los temas de derecho de la competencia y los decidió, ya que la eficacia del arbitraje requiere que la revisión sustantiva de un laudo en ejecución, sea mínima.

La inclinación de la jurisprudencia americana a favorecer el arbitraje de temas que incluyan la normativa de competencia, en parte, se debería a que la doctrina *American Safety* implicaba que los procedimientos arbitrales sobre otros asuntos veían retrasado su inicio hasta la resolución de los conflictos *antitrust* en sede judicial, minando la naturaleza del arbitraje como una solución rápida, eficaz y relativamente económica de solución de conflictos[9]. Por esto, en el derecho norteamericano inclusive se ha llegado a acuñar el principio de que "en caso de duda acerca de si un conflicto es arbitrable o no, la duda debe resolverse a favor del arbitraje"[10].

Finalmente, en una reciente decisión la Corte Suprema tomó incluso una posición más rígida a favor del arbitraje; así, al decidir sobre el caso *AT&T Mobility LL.C. v. Concepcion*[11] –donde un grupo de consumidores buscaba evitar una cláusula arbitral que prohibía la litigación de clase en contra de AT&T, empresa a la cual habían demandado por prácticas de publicidad engañosa en la venta de paquetes de planes celulares que ofrecían un equipo celular gratis sobre los que el cliente debía pagar ciertos impuestos correspondientes al equipo– la Corte Suprema dejó en claro que la *Federal Arbitration Act* establece una política pública que favorece la aplicación del arbitraje, y que cuando las partes han

8. A. Creus Carreras y J. Juliá Inselser, N. 2, p. 7.
9. U.S. Supreme Court, *Wilko v. Swan*, 346 U.S. 427, 438, 1953.
10. U.S. Supreme Court, *Southern Bell Tel. & Tel. Co. v. Louisiana Power & Light Co.*, 221 F. Sup. 364, 369, 1963.
11. U.S. Supreme Court. *AT&T Mobility LL.C. v. Concepcion*, 563 U.S. 333, 2011.

acordado contractualmente someter sus diferencias a arbitraje, el convenio debe ser respetado.

En base a este razonamiento, algunos casos importantes en materia *antitrust* han sido sometidos a arbitraje, como por ejemplo los litigios por abuso de posición dominante y monopolización relacionados con el servicio de posventa de datos y voz de *Iphone* que se iniciaron en la Corte Federal de California[12].

Asimismo, en materia de operaciones de concentración, el precedente sentado en el caso *Concepcion* ha permitido que se presenten curiosos casos, como el hecho de que se hayan presentado cerca de 2.000 demandas arbitrales separadas en contra de la adquisición de T-Mobile por parte de AT&T en 2011, argumentando que dicha operación violaría la normativa antimonopolio norteamericana porque podría llevar a un incremento de precios producto de la concentración del mercado.

2.2 La jurisprudencia europea sobre arbitraje y derecho de la competencia

A nivel europeo, aunque el derecho a litigar infracciones a la normativa europea de competencia fuera reconocido por las Cortes Británicas en el caso *Garden Cottage Foods v. Milk Marketing Board* en 1983[13], la Corte Europea de Justicia se pronunció sobre el tema recién en 1999, en el caso *Eco Swiss v. Benetton*[14], tras lo cual queda poca duda de que los temas de derecho de competencia son arbitrables.

En *Eco Swiss*, la empresa *Benetton*, sociedad con domicilio en Amsterdam, había celebrado un contrato de licencia por ocho años con *Eco Swiss*, domiciliada en Hong Kong, y con *Bulova Watch Company Inc.*, con domicilio en Nueva York. Mediante este contrato, *Benetton* concedía a *Eco Swiss* el derecho a fabricar relojes

12. U.S. District Court for the Northern Disctrict of California. *In re: Apple & AT&TM Antitrust Litigation*, Case No. 5:07-cv-05152.
13. House of Lords, *Garden Cottage Foods v. Milk Marketing Board* [1983] 2 ALL ER 770.
14. TJCE. Caso *Eco Swiss v. Benetton*, Case No. ECR 1-03055, 1999.

y relojes de pulsera con la mención "*Benetton by Bulova*", que, a continuación, podían vender Eco Swiss y Bulova. En este contrato se incluyó una cláusula arbitral que sometía toda diferencia entre las partes a arbitraje de acuerdo con las normas del *Nederlandse Arbitrage Instituut* (Instituto Neerlandés de Arbitraje) y de conformidad con el derecho neerlandés.

Tres años antes del plazo acordado, *Benetton* resolvió unilateralmente el contrato, por lo que *Eco Swiss* y *Bulova* iniciaron un procedimiento arbitral. En un primer laudo parcial, el Tribunal resolvió condenar a *Benetton* a indemnizar a *Eco Swiss* y *Bulova* por las pérdidas incurridas por su resolución anticipada, cuyas cantidades se determinaron en un segundo laudo, el cual fue sometido a ejecución ante las cortes neerlandesas.

Después de que *Benetton* demandara la anulación ante la Justicia Neerlandesa argumentando que el contrato era nulo por ser un acuerdo contrario a la normativa europea de competencia, el proceso siguió hasta la Corte de Casación (*Hoge Raad der Nederlanden*). Esta Corte planteó algunas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJCE), entre ellas, la aplicación *ex oficio* de las normas europeas de competencia por parte de los Tribunales Arbitrales, partiendo de que la anulación de los laudos se había solicitado bajo el argumento de que su reconocimiento y ejecución serían contrarios al orden público, pues *Benetton* sostenía que de no anularse el laudo arbitral se daría valor a un contrato de licencia que adolecía de nulidad absoluta por ser contrario al entonces artículo 85 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, TCE, (hoy art. 81 del TCE).

El TJCE resaltó que los jueces nacionales son los encargados de verificar la adecuada interpretación y aplicación de las normas comunitarias por parte de los árbitros[15]. También destacó que este sistema de control de los laudos debe fundarse en razones de carácter excepcional, con el fin de garantizar la efectividad y utilidad de la institución arbitral. Así, para el TJCE, cuando los jueces

15. TJCE, *Asunto C-126 Eco Swiss*, 01/06/1999 (TJCE/1999/110), apartados 30 y ss.

nacionales revisan la validez de los laudos arbitrales, tienen el deber de aplicar las normas de libre competencia aun cuando las partes no las alegaren[16].

2.3 El caso ecuatoriano a la luz de la jurisprudencia internacional

Como se ha mencionado en los apartados anteriores, la respuesta jurisprudencial internacional ha sido favorable a la arbitrabilidad de asuntos relacionados con el derecho de la competencia. Podemos ver que existe relativa concordancia entre la tendencia anglosajona y la europea en materia de arbitrabilidad respecto de las normas de regulación de competencia, incluso, exigiendo a los árbitros su aplicación *ex oficio* en ciertas circunstancias, bajo el criterio europeo.

En base a las decisiones norteamericanas y europeas citadas, podríamos decir que existen criterios favorables a permitir que los árbitros apliquen la normativa de competencia aun cuando no fuera alegada expresamente por las partes, y a la vez, que existe cierta tendencia internacional a permitir que los jueces se fundamenten en la normativa de competencia para anular laudos arbitrales en casos en que éstos podrían dar vida legal a un acuerdo contrario a la normativa de competencia, argumentando para esto razones de orden público.

Esta posición no deja de ser problemática, teniendo en cuenta que la aplicación *ex oficio* de la normativa de competencia por parte de los árbitros al resolver así como su aplicación por parte de los jueces al analizar laudos arbitrales argumentando razones de orden público, podría poner en riesgo la naturaleza misma del arbitraje, pues como afirma Requejo Isidro:

> "A diferencia del juez, el operador arbitral no es "guardián del orden jurídico de cara a la sociedad que le ha instituido y que le confiere legitimidad", por lo que una vez que el árbitro

16. Ibídem.

ha adoptado el sistema conflictual de un concreto orden jurídico estatal, su posición frente a las normas de policía del mismo no puede considerarse idéntica a la del juez[…] Así, la problemática de la aplicación de las leyes de policía por el árbitro puede ser expresada en términos de confrontación o equilibrio entre la voluntad del ordenamiento de que sean aplicadas sus normas imperativas o respetado su orden público y la de las partes en el acuerdo de arbitraje"[17].

Ahora bien, al trasladar los precedentes jurisprudenciales internacionales a la realidad jurídica ecuatoriana, encontramos algunos inconvenientes y particularidades, especialmente debido a que la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) en su artículo 31 establece un listado taxativo de causales por las que se puede intentar la acción de nulidad de un laudo –y así lo ha confirmado la jurisprudencia nacional[18]–, por lo que en principio el argumento de orden público como base para anular un laudo no prosperaría en Ecuador.

Con similar argumento, acerca de si los árbitros podrían –o deberían según el criterio del TJCE– aplicar las normas del derecho de la competencia aun cuando no hubiesen sido alegadas por las partes, sería problemático trasladar este criterio del TJCE al arbitraje en Ecuador pues se correría el riesgo de incurrir en vicio de *ultra petita*, causal de anulación expresamente prevista en el artículo 31 de la LAM.

Con esto dicho, cabe mencionar que en Ecuador no todos los asuntos relacionados con derecho de la competencia serían arbitrables, sino únicamente aquellos que sean disponibles para las partes según el artículo 190 de la Constitución[19] que limita la apli-

17. M. Requejo Isidro, *RCEA*, 1995, pp. 71-72. Citado por D. Hascher, "Rapport introductif", *Competition and Arbitration Law*, ICC, 1993, pp. 153-155, 165.
18. Corte Provincial de Pichincha, Sentencia, *Quasar Nautica Expeditions S.A. v. Oceanadventures S.A.*, 25/11/2009, p. 12, *"DECIMO: Los motivos de nulidad se encuentran taxativamente establecidos en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación"*. Similar criterio se encuentra en: *Olicorp S.A. v. Masgas S.A.*, Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 10/12/2008, p. 8.
19. Constitución de la República del Ecuador, RO No. 449, 20/10/2008. Art. 190 Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.

cación de los medios alternativos de solución de conflictos a *"las materias en las que por su naturaleza se pueda transigir"*. Lo que es materia transigible se encuentra delimitado por las disposiciones del título XXXVIII del Código Civil referente al Contrato de Transacción, que, como bien han afirmado MARCHÁN y ANDRADE[20], ha preferido enumerar lo que no es transigible, determinando que no son transigibles: (i) la materia penal; (ii) el estado civil de las personas; (iii) el derecho a recibir alimentos, salvo que cuente con aprobación judicial; (iv) los derechos inexistentes o ajenos; (v) la obtenida por dolo o violencia o a propósito de un título nulo; y, (vi) la materia ya resuelta en sentencia con autoridad de cosa juzgada de la cual, al tiempo de celebrarse la transacción, las partes no hubieren tenido conocimiento.

Con este antecedente, y sin que el arbitraje deba convertirse en mecanismo de sustracción de la aplicación de las normas de competencia[21], existen múltiples escenarios en los que conflictos entre privados relacionados con la LORCPM, sin mayor incidencia en la estructura del mercado, pudieran ser sometidos a arbitraje, especialmente en materia de competencia desleal, y las múltiples disposiciones del artículo 27 de la LORCPM que han incluido –haciendo una mezcla innecesaria y peligrosa– varias disposiciones propias del derecho del consumidor y no de la legislación de libre competencia.

20. J. MARCHÁN y X. ANDRADE, *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica*. *Marco legal y jurisprudencial*. Editorial *Wolters Kluwer*. Citado por J. MARCHÁN en "La Aplicación De La Acción De Nulidad De Laudos Arbitrales En El Ecuador", *Latin Arbitration Law*, disponible en <http://goo.gl/vvmCBv>.
21. P. LUGARD, "E.C. Competition Law and arbitration: Opposing principles*?"*, *ECLR*, No. 5, 1998 p. 297. "[…]the Commission does not in principle oppose the arbitrability of claims involving the competition rules. However it is particularly wary to ensure that arbitral proceedings do not serve as a means to evade the application of the competition rules, for example, where the parties to an agreement would agree to exclude from their dispute issues of E.C. competition law so that arbitrators would not rule on these issues".

3. Arbitraje y competencia: puntos prácticos para un sistema en construcción

Como advertí al inicio de este artículo, la relación entre el arbitraje y el derecho de la competencia en el Ecuador está aún "en construcción", dando sus primeros pasos. Carecemos de evidencia práctica ni pronunciamientos jurisprudenciales que aclaren la mayoría de conflictos, sin embargo, la experiencia internacional permite apuntar algunas anotaciones para este proceso constructivo.

Así, podemos ver que en la práctica, las controversias relacionadas con normas de regulación de la competencia en arbitraje son utilizadas como "defensas", mas no como instrumentos de "ataque", para lo cual es más eficiente y frecuente la interposición de denuncias ante la autoridad de competencia, y luego, de acciones por daños y perjuicios derivadas de ellas.

Asimismo, el arbitraje ha sido frecuentemente utilizado a nivel internacional para procedimientos de determinación de daños derivados de infracciones a la legislación de competencia, así como para ventilar controversias relacionadas con competencia desleal, área que a mi criterio en nuestro país se encuentra excesivamente confundida con la normativa de libre competencia, siendo difusa la línea entre lo que es una práctica de competencia desleal con efectos *inter pares*, y una práctica de competencia desleal con efectos dañinos para la estructura del mercado.

3.1 El arbitraje como mecanismo para la determinación de daños producto de una conducta sancionada por la LORCPM

Acerca de las acciones de daños y perjuicios derivadas de infracciones a la legislación de competencia, es frecuente su sujeción a arbitraje. De acuerdo a la legislación ecuatoriana, la conducta anticompetitiva debería estar previamente establecida como tal

en una resolución dictada por la autoridad de competencia, y luego, a consecuencia de ella, podría intentarse la acción civil de daños y perjuicios.

Hasta la fecha no existen casos nacionales al respecto debido a que las sanciones impuestas por la SCPM por abuso de poder de mercado y prácticas restrictivas se encuentran impugnadas en sede judicial.

Sin embargo, la normativa al respecto existe en la misma LORCPM, que para la liquidación de daños prevé en su artículo 71 lo siguiente:

> **Art. 71**.- Responsabilidad civil.- Las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido perjuicio por la comisión de actos o conductas prohibidas por esta Ley, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común. La acción de indemnización de daños y perjuicios será tramitada en vía verbal sumaria, ante el juez de lo civil y de conformidad con las reglas generales y prescribirá en cinco años contados desde la ejecutoria de la resolución que impuso la respectiva sanción.

A mi criterio, bien podría pactarse la sujeción de este tipo de determinación de daños a arbitraje, o verse esta determinación cubierta por una cláusula arbitral general acordada entre las partes, sin que exista prohibición al respecto por tratarse de materia de libre disponibilidad. Cabe resaltar que el Reglamento para la aplicación de la LORCPM contiene una discutible norma que obliga al juez que dictamine sobre estas acciones civiles a fundamentarse en los hechos y calificación ya dadas por la SCPM en su resolución sancionatoria, diciendo:

> **Art. 79**.- Responsabilidad civil.- El juez que dictamine sobre las acciones civiles previstas en el artículo 71 de la Ley, fundamentará su fallo en los hechos y calificación jurídica ya establecidos en la resolución que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado emita respecto a los asuntos que hubiere conocido.

En caso de que se hubiere acordado someter esta determinación a un procedimiento arbitral, es discutible que esta norma aplique a los árbitros, existiendo entonces mayor apertura en la determinación de los daños, pues el tribunal arbitral tendría cierta libertad de interpretar los hechos para efectos de valoración, si bien no podría entrar a juzgar otros aspectos relacionados con el cometimiento o no de la infracción.

3.2 Arbitraje sobre conductas de competencia desleal previstas en la LORCPM

Otra área donde podría desarrollarse el arbitraje en materia regulada por la LORCPM es en temas de competencia desleal. En este punto, insisto en que nuestra ley de competencia confunde y mezcla la protección de la libre competencia con asuntos propios del derecho de competencia desleal y del consumidor, que no necesariamente tienen la misma relevancia ni comparten el rango de *"public policy"* que las infracciones relativas a abuso de poder de mercado y pactos colusorios.

Generalmente, las normas de defensa de la libre competencia son independientes de las normas que regulan la competencia desleal porque la naturaleza jurídica del derecho de competencia desleal es preponderantemente privada. Sin embargo, en Ecuador se ha confundido las dos en un mismo cuerpo legal, olvidando sus diferencias y alcance, sin que en la LORCPM se determine el objeto ni bien jurídico tutelado desde la perspectiva de competencia desleal en forma específica.

Es entonces difusa la línea que separa una conducta desleal que causa daño al mercado y su estructura, y la que causa solamente daño entre dos o más partes privadas. Para el objeto de este artículo, este particular es de alta relevancia, debido a que no cabe duda que las conductas desleales que solamente afectan a los intereses de las partes en conflicto podrían ser arbitrables, mientras que, si existe afectación al mercado, podría discutirse su arbitrabilidad.

Si bien en principio la SCPM acogió en sus decisiones la tendencia internacional a diferenciar entre ilícitos desleales con efectos inter partes e ilícitos desleales con efectos generales en el mercado, recientemente se ha apartado de ese criterio. Inicialmente, por ejemplo, en el caso SCPM-IIPD-2012-028 referente a supuestas prácticas desleales relacionadas con la franquicia "Hot dogs de la González Suárez" expresamente se dijo que "los consumidores que se sientan engañados o afectados en sus derechos particulares podrán utilizar las vías determinadas en la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor", y desechó la denuncia interpuesta.

Asimismo, en el expediente SCPM-IIPD-2014-028, se archivó una denuncia por presunta competencia desleal relacionada con publicidad diciendo que "el derecho de la competencia no tutela el interés particular de un consumidor, sino el bienestar general de los mismos, quienes en particular se verán favorecidos de una mayor oferta y mejores condiciones".

Bajo ese criterio, los conflictos entre empresas por competencia desleal que no implican afectación al mercado, como por ejemplo, algunos actos de imitación, ciertos casos de violación de secretos empresariales, espionaje comercial, o suscripción de contratos de adhesión perjudiciales al consumidor, entre otros, podían resolverse en sede arbitral o judicial sin que la SCPM tenga que intervenir.

Pero, en recientes sanciones por actos de engaño como conducta desleal, la SCPM ha llegado a considerar a las prácticas desleales en general como prohibiciones *"per se"*, así por ejemplo en las resoluciones sancionatorias dictadas contra Industrias Ales y Corporación El Rosado, en el caso *"Aceites Light"*, la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la SCPM mencionó que:

> "Se concluye entonces que el operador económico infractor será sancionado por el solo hecho de haber cometido la infracción, más allá de las intenciones o los efectos en el mercado, basta el engaño a los consumidores por vender productos que no corresponden a los beneficios promocionados en su eti-

queta. No aplica en estos casos lo que se conoce en materia de competencia como la denominada "regla de la razón" […]"[22].

De esta forma, se ha sentado un preocupante precedente, debido a que ni siquiera las prácticas anticompetitivas del artículo 11 de la LORCPM referentes a cartelización y acuerdos entre competidores tiene el tratamiento de prohibiciones *"per se";* pues si bien el Reglamento de Aplicación de la LORCPM establece una presunción sobre su objeto anticompetitivo y la inversión de la carga de la prueba en contra del implicado, no se establece una regla de prohibición per se, siendo esta una presunción de hecho, mas no de derecho[23], que asimismo, alcanza al objeto, mas no al efecto de la conducta.

Al discutirse un tema de competencia desleal entre dos privados, en muchos casos se discute un derecho subjetivo de carácter particular que no en todos los casos tiene por efecto un daño al mercado o su estructura, mientras en el caso de las infracciones al régimen de competencia –como las prácticas de abuso de poder de mercado, los acuerdos restrictivos de la competencia y las prácticas desleales con efecto en la estructura del mercado– se discuten intereses supra individuales, de derecho público económico.

Por esta fundamental diferencia, a pesar de que en Ecuador se las trate en un mismo cuerpo legal, no veo obstáculo para que

22. Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Comisión de Resolución de Primera Instancia, Expediente SCPM-CRPI-2015-072.
23. Reglamento de la Ley Orgánica de Regulación del Poder de Mercado, RO No. 697, 7/05/2012. Art. 8. Presunción de práctica restrictiva.- Se presumirá que tienen por objeto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, que afectan negativamente a la eficiencia económica y al bienestar general, todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general cualquier acto o conducta realizados por dos o más operadores económicos, competidores, reales o potenciales, que directa o indirectamente: […] 4. También están sujetos a la presunción establecida en este artículo los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público. Para los casos de prácticas entre competidores, reales o potenciales, distintas a las señaladas en este artículo, así como las prácticas entre no competidores, reales o potenciales, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado analizará, caso por caso, si la conducta tiene por objeto o efecto, real o potencial, impedir, restringir falsear o distorsionar la competencia, afectar negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.

ciertas denuncias de prácticas de competencia desleal sean susceptibles de arbitraje, cuando no tengan efectos en la estructura del mercado.

Nuestra LORCPM establece un largo listado de conductas consideradas desleales, muchas de ellas sin efectos estructurales para el mercado, que podrían sin problema ser sometidas a arbitraje, como ser los casos de violación de secretos empresariales previstos en el numeral 7 del art. 27 de la LORCPM, por ejemplo, en caso de contratos de licencias que deriven en utilización indebida de información a la que se tuvo acceso legítimamente; o infracciones de competencia desleal relacionadas con contratos que faculten la utilización de patentes, diseños industriales o de *know-how*, entre otras.

De forma similar, siguiendo los primeros precedentes administrativos de la misma SCPM, las denuncias que versen sobre derechos individuales del consumidor sin afectación al mercado, deberían poder someterse a procedimientos arbitrales, al ser conflictos propios del derecho del consumidor.

4. Las cláusulas arbitrales como parte de conductas contrarias a la regulación de competencia

Así como la aplicación de normas del derecho de la competencia pueden ser consideradas en arbitraje en algunos casos, también existen precedentes en los que las cláusulas arbitrales han sido sometidas a la lupa de la regulación de competencia.

En algunas ocasiones, cláusulas arbitrales han sido consideradas contrarias a la legislación de libre competencia, o como circunstancias agravantes de ellas, y por ello han sido determinadas como inaplicables, entrando en conflicto con el principio de separabilidad del convenio arbitral.

En el análisis de casos de cartelización, suele ser frecuente encontrar sistemas de penalización y solución de conflictos entre las empresas que formen parte de acuerdos anticompetitivos, como un mecanismo que otorgue cierta estabilidad a los cárteles, siendo posible que estos sistemas se articulen bajo la forma de un arbitraje, evitando la publicidad derivada de los procedimientos jurisdiccionales y con ello la intervención de la autoridad de competencia.

A nivel europeo existen algunos ejemplos sumamente interesantes, por ejemplo, en el asunto *Mercado Luxemburgués de la Cerveza*[24], las empresas cerveceras de Luxemburgo habían formado acuerdos para la aplicación de la denominada "cláusula de cerveza", que aseguraba una obligación de suministro exclusivo y protegía a los miembros del cartel frente a nuevos entrantes. El sistema de protección del acuerdo incluía procedimientos de consulta, conciliación y arbitraje para asegurar su cumplimiento.

De forma similar, en el asunto *Club Lombard*[25], así como en el asunto *Asociación de Constructores Holandeses*[26], también se menciona la existencia de arbitrajes como parte de acuerdos colusorios prohibidos. También en España en el caso conocido como "*Expertos Inmobiliarios*"[27], el Tribunal de Defensa de la Competencia consideró como un agravante en un caso de cartelización que un acuerdo sobre retribuciones profesionales era reforzado por medio de un arbitraje de equidad en el que intervenía la junta directiva de una asociación profesional.

En la LORCPM, este supuesto se encuentra vagamente recogido entre las circunstancias agravantes para la determinación de sanción por infracciones, en el artículo 81, literal c) del mismo, que dice:

24. Tribunal de Primera Instancia, *Brasserie Nacionales, S.A. y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Sentencia, 27/07/2005 en los asuntos acumulados T-49/02 a T-51/02, Rec. 2005 p. II-04065.
25. TJCE, *Aranzadi*, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, 14/12/2006.
26. TJCE, *Aranzadi*, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, 21/02/1995.
27. Tribunal de Defensa de la Competencia. *Aranzadi*. Resolución, 19/01/2000.

> Artículo 81.- Circunstancias Agravantes.- Para fijar el importe de las sanciones se tendrán en cuenta además, entre otras, las siguientes circunstancias agravantes:
> c. La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.

Finalmente, otro supuesto particularmente preocupante, es que las cláusulas arbitrales establecidas en contratos de adhesión podrían llegar a considerarse abusivas respecto del consumidor, y por ello, contrarias al artículo 27, numeral 10, literal e) de la LORCPM, que incluye como práctica de competencia desleal *"la suscripción de contratos de adhesión que perjudiquen los derechos de los usuarios y consumidores, conforme manda la ley"*, considerándola como un ejemplo de *"práctica agresiva de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores".*

Si bien insisto en que esta norma no tiene relación con el derecho de la libre competencia sino con el derecho del consumidor y que está indebidamente mezclada en nuestra LORCPM con otras conductas de competencia desleal, cabe tomarla con precaución pues está sujeta a un mismo procedimiento, y las mismas sanciones y elevadas multas que la LORCPM prevé para todas las demás conductas anticompetitivas.

Para este análisis resultan relevantes algunas decisiones de las cortes norteamericanas sobre la materia. La Corte Suprema de los EE.UU inicialmente consideró que en algunos casos las cláusulas arbitrales podían ser consideradas abusivas al someter a los consumidores a procedimientos costosos que harían irrazonable toda reclamación individual por pequeños montos, siguiendo la ya comentada doctrina de *American Safety*.

Tras el caso *Mitsubishi* comentado al inicio de este trabajo, las puertas del arbitraje se abrieron para el derecho de la competencia, inicialmente con recelo, por lo que las Cortes elaboraron la doctrina llamada *"Effective Vindication Doctrine"*, que implica que "si el demandante no podría efectivamente hacer valer sus derechos mediante arbitraje, el convenio arbitral no sería ejecutable,

y en consecuencia, podría presentar su demanda ante las cortes federales."[28].

Sin embargo, recientemente, en casos de 2011 y 2013, la Corte Suprema ha sostenido que la existencia de cláusulas arbitrales prevalece frente a esta doctrina, incluso en los casos en que por lo pequeño del monto, reclamaciones individuales serían poco razonables, así, en *American Express Co. v. Italian Colors Restaurant*[29], declaró aplicables las disposiciones de una cláusula arbitral que limitaban la posibilidad de acciones de clase relacionadas con materia *antitrust*, criterio que concuerda con el ya analizado caso *AT&T Mobility LL.C. v. Concepcion.*

En el caso *Concepcion*, la Corte Suprema Norteamericana declaró inconstitucional una norma establecida por el Estado de California, que obligaba a la inclusión de claúsulas arbitrales de clase (*class-action arbitration clauses*) en los contratos de adhesión con consumidores. De acuerdo con el recientemente fallecido juez Antonin Scalia *"la legislación antimonopolio no garantiza un procedimiento financieramente asequible para cada reclamación"*[30], por lo que puede decirse que en la jurisprudencia norteamericana existe actualmente una fuerte presunción en pro de la prevalencia del arbitraje.

En nuestra legislación, sin embargo, encontramos una disposición expresa en la Ley de Defensa del Consumidor, que dice que:

> Art. 43.- Son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales que: 4. Impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento.

28. Traducción libre del autor *"If the antitrust plaintiff could not effectively vindicate its rights through arbitration, the arbitration agreement would be unenforceable and the plaintiff could pursue its antitrust claim in federal court."* M. Lemley A. y C. Leslie R, "Antitrust Arbitration and Merger Approval", *Northwestern Law Review*, Vol. 110(1), 2015.
29. U.S. Supreme Court, *American Express Co. v. Italian Colors* Restaurant, 133 S. Ct. 2304, 2013.
30. Traducción libre de la frase: *"the antitrust laws do not guarantee an affordable procedural path to the vindication of every claim"*, Caso *American Expres v. Italian Colors*, 133 S. Ct. p. 2310. Citado por M. Lemley A. y C. Leslie, N. 27.

Por lo que podemos decir que en nuestro país podría, por una parte, declararse nula una cláusula arbitral por considerarse abusiva frente al consumidor en base al artículo 43 de la Ley de Defensa del Consumidor, y por otra parte, declararse la misma como conducta de competencia desleal contraria al artículo 27 numeral 10, literal e) de la LORCPM.

Cabe analizar también si similar consideración podría hacerse sobre la inclusión de cláusulas arbitrales en casos de existencia de posición de dominio relativa, que está prevista en el Artículo 10 de la LORCPM como abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, conducta que a mi criterio, debería ser tratada como ilícito desleal y no como práctica de abuso de poder de mercado, siguiendo el ejemplo español.

5. El arbitraje como parte de un compromiso para la aprobación de operación de concentración sujeta a condición

En materia de control de concentraciones, la verificación de cumplimiento de las condiciones de conducta o estructurales impuestas para la aprobación de una operación de concentración puede ser difícil y costosa para las autoridades de competencia.

Verificar y dar seguimiento a condiciones estructurales de desinversión, o conductuales, que imponen limitaciones al comportamiento de las empresas en el mercado luego de efectuada la concentración, puede resultar poco eficiente para la autoridad de competencia, por el control continuado que implican.

La LORCPM, en concordancia con la tendencia europea, permite a los operadores ofrecer compromisos de comportamiento a fin de que se de paso a una operación que en otro escenario no hubiese sido autorizada, asimismo, permite a la autoridad condicionar una operación de concentración al cumplimiento de las condiciones que la SCPM disponga.

Recientemente, la SCPM emitió una de sus primeras resoluciones que imponía condiciones estructurales importantes, previo a autorizar una operación de concentración, al someter la mega fusión cervecera internacional entre *Anheuser-Busch InBev y SAB-Miller*[31] a varias condiciones, entre las que destacan:

1. La desinversión total de la planta de producción, otros activos y canal de distribución de *Ambev* ubicada en Guayaquil.
2. La venta de las marcas *Zenda, Dorada, Biela y Maltín*, dentro de un mismo paquete con la planta de *Ambev* en Guayaquil.
3. El licenciamiento del uso y explotación de la marca *Brahma* por 20 años, dentro del mismo paquete.
4. El acceso al uso de la red de distribución de la red de comercialización DINADEC S.A. dentro del mismo paquete, por 3 años, a precio de mercado con el mismo alcance territorial que se ofrece a Cervecería Nacional.
5. La imposición de un límite en el valor a invertir en publicidad de las marcas *Pílsener, Club, Budweiser, Bud66 y Pony Malta*, por 3 años.
6. La obligación de ceder espacio en los refrigeradores para cervezas artesanales, bebidas alcohólicas y no alcohólicas y de la economía popular y solidaria.
7. La Suscripción de un acuerdo de *hold separate* mientras se implementan las otras condiciones.
8. La implementación de una plataforma de *e-commerce* para la venta de cervezas artesanales.
9. La participación de los trabajadores incrementada en al menos el 5% del capital social concentrado, y obligación de mantener el mismo número de plazas de trabajo.
10. La obligación de dar acceso al proceso de embotellado, diseños de las botellas, sistema de distribución, capacitación y promoción para los productores artesanales de cerveza; y,
11. La prohibición de implementación de cláusulas de exclusividad en sus contratos en canal tradicional y no tradicional de distribución.

31. Superintendencia del Control del Poder de Mercado, Comisión de Resolución de Primera Instancia, Expediente No. SCPM-CRPI-2016-017.

En contextos como éste, el arbitraje puede utilizarse como complemento del derecho de la competencia dada la necesidad de garantizar el acceso al mercado de otros operadores, por ejemplo, mediante las citadas condiciones referentes al acceso a redes de distribución, infraestructura, licencias o derechos. Puede incluirse en las resoluciones de autorización, así como en los compromisos propuestos por las partes, mecanismos de arbitraje como garantía de la aplicación de unas condiciones objetivas de acceso comprometidas para evitar la eliminación de la competencia.

A nivel Europeo, este mecanismo ha sido considerado eficaz en varios casos, por ejemplo, en la venta conjunta de la Liga de Campeones de la UEFA, donde la Comisión tuvo en cuenta la existencia de un sistema de arbitraje para solucionar los posibles conflictos sobre las tarifas de los derechos de Internet y de los derechos UMTS[32], así como en el caso de la venta conjunta de derechos mediáticos de la Liga de Fútbol Alemana[33].

6. Exclusión de controversias sobre derecho de competencia en convenios arbitrales con el Estado: el uso de la normativa de competencia como "pretexto" en el Art. 34 de la Ley de Telecomunicaciones

Para finalizar, considero importante incluir un tema que a mi criterio dará pronto que hablar en materia de arbitraje de inversiones, que es la contribución por concentración de mercado impuesta por el artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOT), y calculada según el porcentaje de cuota de mercado de cada operador. Cabe decir que múltiples contratos de concesión e inversión celebrados por el Estado Ecuatoriano excluyen de los procedimientos arbitrales a las normas de regulación de la competencia, por lo que cabría analizar si el men-

32. Decisión de la Comisión Europea 2003/778/CE, 23/07, D.O. L291/25, 8/11/2003.
33. Decisión de la Comisión Europea 2005/396/CE, 19/01, D.O. L134/46, 27/05/2005.

cionado artículo es efectivamente una norma propia del derecho de la competencia.

Si bien el ordenamiento jurídico ecuatoriano no sanciona la mera concentración de mercado o la sola obtención de poder de mercado por parte de un operador económico, sino el abuso de dicho poder, el artículo 34 de la LOT impone un pago adicional por el mero alcance de una determinada cuota de participación de mercado.

El artículo 26 de la LOT especifica que la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL) podrá dictar normas regulatorias para fomentar, promover y preservar las condiciones de competencia dentro del sector de las telecomunicaciones, pero indica que para ello deberá observar los lineamientos y principios aplicables "conforme al ordenamiento jurídico vigente", haciendo así énfasis en la necesidad de encuadrar las regulaciones sectoriales en un marco de coherencia normativa con su entorno jurídico[34]. Es dentro de ese mismo capítulo que se incluyó el ya mencionado artículo 34, que dice:

> Art. 34.- Pago por concentración de mercado para promover competencia. A fin de evitar las distorsiones en el mercado de servicios de telecomunicaciones y servicios por suscripción y promover la competencia, los prestadores privados que concentren mercado en función del número de abonados o clientes del servicio concesionado, autorizado o registrado, pagarán al Estado un porcentaje de sus ingresos totales anuales conforme a la siguiente tabla:

34. Ley Orgánica de Telecomunicaciones del Ecuador, RO Sup. No. 439, 18/02/2015. Art. 26. Regulación sectorial. La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, dentro del ámbito de sus competencias, observará los lineamientos para la regulación y principios aplicables conforme al ordenamiento jurídico vigente, a fin de coadyuvar a través de la regulación sectorial de telecomunicaciones que para el efecto emita y sus acciones, en el fomento, promoción y preservación de las condiciones de competencia en los mercados correspondientes que para el caso determine.

DESDE	HASTA	PAGO
30%	34.99%	0.5%
35%	44.99%	1%
45%	54.99%	3%
55%	64.99%	5%
65%	74.99%	7%
75%	En adelante	9%

> La recaudación de estos valores será trimestral y la realizará la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, de conformidad con la regulación que para el efecto emita.
> Esta obligación es independiente de cualquier otra obligación prevista en la presente Ley.

La norma contenida en el texto antes transcrito tiene las siguientes características:

1. Establece una obligación de pago trimestral a favor del Estado, dirigida solamente a los prestadores privados de servicios de telecomunicaciones.
2. Esta obligación es adicional a todas sus demás obligaciones tributarias y contractuales con el fisco.
3. El monto específico de esta obligación se establece en relación a sus ingresos totales, como un porcentaje que aumenta mientras mayor sea la participación de mercado del operador económico.
4. Según el texto del artículo, se declara como finalidad el evitar distorsiones en el mercado de servicios de telecomunicaciones y promover así la competencia.

Pese a la retórica protectora de la competencia, me parece que haciendo un análisis sistemático del artículo se encontrará que lo dispuesto en él resulta absolutamente incoherente con los principios informadores básicos del ordenamiento jurídico ecuatoriano en materia de competencia, pues la legislación ecuatoriana de competencia no sanciona el llamado "poder de mercado" de forma *per se*, menos aún la mera tenencia de un alto grado de par-

ticipación en ese mismo mercado implica abuso. La participación de mercado, por sí sola, es solamente uno de muchos criterios para determinar la existencia de "poder de mercado", es decir, para establecer "la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado"[35]. Dicha determinación, según la ley ecuatoriana, debe hacerse caso por caso, de forma individual y concreta, luego de un extenso y complejo proceso, en el que las partes afectadas participan con las debidas garantías procesales. Y solo una vez que se determine que existe tal capacidad, se pasa a valorar si el mencionado poder ha sido empleado para distorsionar la competencia.

No obstante, el artículo 34 de la LOT sugiere, en términos generales y abstractos, que una mayor participación de mercado por parte de un operador, es *per se* un elemento distorsionador de la competencia que debe ser corregido mediante el pago de una suma de dinero. Sin embargo, a la luz de las ya citadas disposiciones de la LORCPM, esta sugerencia implícita de que una participación relativamente alta en el mercado distorsiona *per se* la competencia resulta incompatible con la legislación de competencia ecuatoriana, porque tal condición no implica que exista "poder de mercado", ni implica que se haya abusado del mismo.

La medida dispuesta en el artículo 34 de la LOT–la obligación del pago de un porcentaje de las ventas en función de la participación de mercado– no constituye a mi criterio un medio idóneo para cumplir el supuesto "fin de evitar las distorsiones en el mercado de servicios de telecomunicaciones y servicios por suscripción y promover la competencia". La única consecuencia de la aplicación de dicha obligación sería la recaudación de mayores recursos para el fisco.

El artículo 34 de la LOT no prevé otros mecanismos destinados a remover las condiciones constitutivas –participación de operadores, barreras de entrada o salida, independencia frente a competidores, etc.– de la eventual distorsión a la que alude. Lo

35. LORCPM, N. 1, Art. 7.

cual revelaría que la disposición contenida en el artículo 34 de la LOT tiene una finalidad encubierta de naturaleza recaudatoria o fiscalista, pues incluso después de realizar el pago de esta obligación, el operador en ciernes seguiría manteniendo su participación de mercado intacta, y nada le impediría seguir afianzándola, inclusive, pudiendo trasladar este coste adicional a los consumidores.

De esta forma, si esta norma no es una norma propia del derecho de la competencia, bien podrían los operadores afectados demandar al Estado Ecuatoriano por un incremento encubierto de regalías contractuales, para los cuales la retórica de competencia del artículo 34 es solamente un pretexto, tratándose entonces de una disposición legal que altera el contenido del contrato de concesión, situación que guarda cierta similitud con el caso de la Ley 42, que en materia petrolera, elevó la participación del Estado Ecuatoriano sobre las "ganancias extraordinarias" obtenidas por el alto precio del petróleo, del 50% al 99%. En ese caso, varias compañías petroleras perjudicadas demandaron en múltiples casos arbitrales al Ecuador ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), y otros organismos de arbitraje de inversiones, argumentando que la citada Ley 42 modificaba los contratos y alteraba la economía de los mismos, fuera de los límites de la potestad de *jus variandi* conforme al derecho ecuatoriano.

7. Conclusiones

A manera de conclusión, debo reiterar que la relación entre el derecho de la competencia y el arbitraje en el Ecuador se encuentra aún en construcción.

Carecemos de pronunciamiento en materia de competencia de parte del Regulador así como de la Corte Nacional de Justicia y de la Corte Constitucional que arrojen luz sobre el tema, lo que obliga a acudir a la jurisprudencia internacional en búsqueda de

referencias que aporten para la construcción y aprendizaje continuo entre estas dos ramas del derecho.

Siguiendo estos criterios internacionales, podríamos decir que:

1. Según amplia jurisprudencia internacional, las normas de derecho de la competencia pueden ser aplicadas por los árbitros, inclusive si las partes no las alegaren, cuando esa omisión llevare a utilizar el mecanismo arbitral como una forma de eludir la aplicación de la normativa de competencia. Sin embargo, este criterio no sería procedente en Ecuador, porque se incurriría en vicio de ultra petita, causal de nulidad según el artículo 31 de la LAM.
2. La revisión judicial de laudos arbitrales que contraríen normas de derecho de la competencia ha sido considerada internacionalmente procedente cuando el laudo daría vida a un acuerdo nulo por contrario a la normativa de competencia, sin embargo, no sería procedente por la taxatividad de las causales de nulidad dispuestas en el artículo 31 de la LAM.
3. El arbitraje puede utilizarse eficazmente para la determinación de indemnizaciones de daños y perjuicios por infracciones a la normativa de competencia, con mayor libertad que el procedimiento civil, limitado por el artículo 71 de la LORCPM.
4. La cláusula arbitral podría ser considerada como un agravante en ciertos casos de cartelización, c<uando sea utilizada como mecanismo de *enforcement* de acuerdos o prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 11 de la LORCPM.
5. Las prácticas de competencia desleal del artículo 27 de la LORCPM, en múltiples casos, podrían ser objeto de arbitraje incluso antes de ser conocidas por la SCPM, cuando tengan únicamente efectos *concurrenciales* o *inter partes*, y no impliquen afectación a la estructura del mercado.
6. En ciertos casos, debido a que la LORCPM incluye como prácticas de competencia desleal algunas normas propias del derecho de los consumidores, podría llegar a considerarse

abusiva la inclusión de cláusulas arbitrales en contratos de adhesión, según el artículo 27, numeral 10, literal e) de la LORCPM.

7. El arbitraje podría ser utilizado como complemento de garantía de cumplimiento de condiciones en compromisos suscritos con la SCPM para la autorización de una operación de concentración sujeta a condicionamientos.
8. La utilización del derecho de competencia como pretexto para excluir de procedimientos arbitrales ciertos cambios normativos en contratos con el Estado, podría derivar en litigios arbitrales futuros, especialmente, en relación con el artículo 34 de la Ley de Telecomunicaciones.

Buenas prácticas para la mejor conducción del procedimiento en el arbitraje comercial internacional

Juan Eduardo Figueroa Valdés/***

Recibido/Received: 07/01/2016
Aceptado/Accepted: 19/08/2016

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** Correcto desempeño como árbitro. **3.** Correcto desempeño como abogado. **4.** Correcto desempeño como partes. **5.** Correcto desempeño como secretario arbitral. **6.** Consideraciones finales.

PALABRAS CLAVES: buenas prácticas, procedimiento, árbitro, abogado, representación de parte, partes, secretario arbitral

KEYWORDS: good practices, proceedings, arbitrator, attorney, party representation, parties, arbitral secretary

RESUMEN: Los arbitrajes internacionales suelen congregar actores de los más variados orígenes y culturas, razón por la cual son necesarias normas internacionalmente aceptadas y uniformes para regir el procedimiento arbitral. Las institu-

* Árbitro I.C.D.R, Árbitro del Centro de Arbitrajes de la Cámara de Comercio de Santiago de Chile, Arbitro Centro de Arbitrajes de U. Católica de Lima, Perú, Árbitro de Cámara de Comercio Brasil-Canadá, Árbitro FIESP, Brasil, Arbitro Instituto de Ingenieros Sao Paulo, Brasil. Miembro del grupo de arbitraje internacional para América Latina de la CCI, Profesor de la Universidad de los Andes. Abogado Integrante de la Corte Suprema de Chile., LL.M en Derecho Internacional, Comercio, Inversiones y Arbitraje por la Universidad de Heidelberg, Alemania.

** Este artículo ha sido preparado con la colaboración de la abogada Luciana Rosa Rodrígues, LLM en Derecho Internacional, Comercio, Inversiones y Arbitraje por la U. de Heidelberg, Alemania y Master en Ciencias Sociales por la Universidad Federal de Santa María –RS– Brasil.

J. Figueroa, "Buenas prácticas para la mejor conducción del procedimiento en el arbitraje comercial internacional", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 2015.

ciones arbitrales internacionales ofrecen reglamentos que sirven para uniformar las normas a seguir, pudiendo las partes elegir cuál de ellos adoptar, además de la sede del arbitraje y el idioma del procedimiento arbitral. Existen diversas directrices y reglas que orientan tanto el trabajo de los árbitros como el de los abogados, partes y secretarios arbitrales. El presente artículo analiza las buenas prácticas que todos los actores involucrados debieran observar para que el árbitro cumpla con su función de entregar una solución justa, expedita y especializada dentro de plazos razonables.

ABSTRACT: International arbitrators generally congregate actors from different origin and cultures. For this reason, internationally acceptable regulations are necessary to rule the proceedings. Internationals arbitration center serve to standardize rules and the parties may choose which one to follow, choosing also the seat of arbitration and language of the proceedings. There are many guidelines, rules and regulations that guide the work not only of the arbitrator buy also for lawyers, parties and arbitral secretaries. This article discusses best practices that all actors should observe in order that arbitrator fulfill its function of delivering a fair, expeditious, and specialized solution within a reasonable period of time.

1. Introducción

Las buenas prácticas en el arbitraje comercial internacional buscan fortalecer la confiabilidad en el sistema arbitral y asegurar la eficiencia, economía y transparencia del procedimiento arbitral. Dado que el árbitro carece del poder de coacción del Estado, es muy importante que todos los involucrados tengan una conducta colaborativa para que el arbitraje no pierda su razón de existir, o sea, una solución expedita, segura, especializada, confidencial y económica.

Para un exitoso desempeño del arbitraje comercial internacional en América Latina, resulta de especial interés recoger las buenas prácticas internacionales, uniformemente aceptadas, que se encuentran reflejadas en diversas reglas del *soft law*, aplicables tanto para árbitros, como para los abogados, las partes y el secretario del tribunal arbitral, que han ido desarrollándose especialmente en las últimas décadas.

En razón de ello trataremos, en particular, a partir de dichas directrices, cuál debiera ser la forma de actuar tanto del árbitro, del abogado, de las partes como del secretario del tribunal arbitral, de modo que se logren los objetivos antes planteados, teniendo un procedimiento arbitral con reglas conocidas, uniformemente aceptadas, sin sorpresas y que permita que cada parte pueda hacer valer oportunamente sus derechos, y rendir sus pruebas y, en definitiva, que se dicte un laudo que pueda ser ejecutado, y no se vea expuesto a ser anulado o a no ser reconocido al requerirse su ejecución.

2. Correcto desempeño como árbitro

Debido a la importancia del tema, algunos estándares éticos para los árbitros han sido ya codificados hace varias décadas. Así, por ejemplo, en el año 1987 la IBA publicó sus recomendaciones éticas para árbitros internacionales, que establecen que los árbitros internacionales deben ser imparciales, independientes, competentes, diligentes y discretos. Recientemente en el año 2014 la IBA publicó también las *"Directrices sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional."* Poseen también recomendaciones a los árbitros, entre otros, el *Chartered Institute of Arbitrators* (CIArb)[1], el Club Español de Arbitraje[2].

Es usual escuchar que el arbitraje vale lo que vale el árbitro. Pero cabe preguntarse ¿qué es lo que hace que un árbitro sea

1. Para más información, véase <www.ciarb.org>.
2. Para más información, véase <www.clubarbitraje.com>.

bueno? Es habitual que cuando se habla del tema, se piensa en independencia e imparcialidad, por el hecho de que éstas son la clave de la institución arbitral, cuyo desarrollo depende de la confianza de los operadores. Según Jesús Remón[3], la independencia es un concepto objetivo, vinculado a las relaciones pasadas o presentes del árbitro con las partes y susceptible, por tanto, de verificación, a diferencia de la imparcialidad que es una actitud subjetiva del árbitro respecto a la disputa y las posiciones de las partes enfrentadas, que se equipara a su neutralidad en el ejercicio de la función arbitral que tiene encomendada. Se refiere a prejuicios que tenga el árbitro por su visión personal de las cosas.

Sin embargo, el umbral de exigencia es mucho mayor, ya que además de ser independientes e imparciales los árbitros deben parecerlos. Ello exige, entre otras cosas, que no guarden estrechas relaciones personales, profesionales o comerciales ni con las partes, con los abogados representantes de éstos, ni con los restantes árbitros; que no tengan un interés directo personal o profesional en el resultado del procedimiento; y que con anterioridad a su designación, no hayan manifestado su opinión sobre el caso concreto a ninguna de las partes.

Las leyes de arbitraje nacionales, siguiendo la Ley Modelo UNCITRAL, consagran el principio de la imparcialidad e independencia de los árbitros como clave de todo el sistema arbitral. Para asegurar la observancia de estos principios, se contemplan, entre otras, las normas siguientes[4]:

a) Neutralidad: La prohibición a los árbitros de que mantengan relaciones personales, profesionales o comerciales con las partes durante el arbitraje;
b) Transparencia: Antes de la aceptación del cargo, los árbitros deben revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad e independencia (*disclosure*); y,

3. J. Ramón, "Las buenas prácticas en el arbitraje internacional", en C. Soto (Coor.) y D. Revoredo Marsano De Mur (Coor.), *Arbitraje Internacional: pasado, presente y futuro*, Tomo I, Instituto Peruano de Arbitraje, 2013, p. 597.
4. Ibídem.

c) Recusación, esto es, el derecho de las partes de recusar o inhabilitar a los árbitros si concurren circunstancias que den lugar a justificadas dudas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes.

Por lo tanto, las instituciones que administran arbitrajes deberán velar siempre por la imparcialidad e independencia de los árbitros al confirmar las designaciones o al efectuar sus nombramientos, teniendo en cuenta que el principal elemento que las empresas consideran cuando eligen un árbitro es su reputación[5]. Así, el árbitro debe rechazar su designación si tiene cualquier duda sobre imparcialidad o independencia, como también revelar a las partes si durante el desarrollo del arbitraje se produce cualquier hecho nuevo que ponga en riesgo su independencia o imparcialidad, renunciando al arbitraje si así la situación lo amerita.

En las Directrices de la IBA para Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional (2014), se encuentra una relación de hechos y circunstancias específicas que deben ser reveladas por el árbitro o que justifican su recusación. El listado rojo establece situaciones que implican la falta de imparcialidad y/o independencia del árbitro. El naranja contiene situaciones específicas que –dependiendo de los hechos o las circunstancias particulares del caso–, a los ojos de las partes, puede crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro y, finalmente, el verde trata de situaciones que, desde un punto de vista objetivo, no son susceptibles de crear un conflicto de intereses. Estos listados, sin embargo, simplifican una realidad muy compleja, de modo que hay que considerar la situación concreta, prevaleciendo siempre las circunstancias particulares de cada caso. Ellas sirven como una mera referencia para los árbitros y las partes.

Con todo, el umbral de exigencia para un buen árbitro, es aún mucho mayor. De acuerdo con Derains[6], además de la indepen-

5. Queen Mary, University Of London. *Internacional Arbitration Survey: Choices in international arbitration.* White & Case LLP, 2010, p. 25.

dencia e imparcialidad, un buen árbitro también debe tener habilidad de decidir, disponibilidad, capacidad de trabajar duro, diplomacia y neutralidad cultural.

Las partes esperan decisiones del árbitro debidamente fundadas, basadas en su experiencia y estudio acucioso del caso. Un buen árbitro debe saber posicionarse y decidir los asuntos que se presentan en el curso del procedimiento como, por ejemplo, acerca de la admisibilidad de las pruebas ofrecidas, de la solicitud de exhibición de documentos, la forma de rendir las pruebas, etc. Ello implica que el árbitro deba estar familiarizado con el caso desde su inicio, para poder adoptar a tiempo las medidas que sean pertinentes y conducentes a una conducción eficiente del procedimiento arbitral. Al respecto, resultan, por ejemplo, muy útiles las directrices entregadas por la ICC para administrar en forma adecuada un arbitraje[7].

La disponibilidad para trabajar en el caso también es un tema muy importante. Los arbitrajes generalmente involucran una cantidad considerable de archivadores de documentos complejos, y el buen árbitro debe trabajar y familiarizarse adecuadamente con ellos, lo que implica una gran dedicación de tiempo. El conocido *overbooking* es una de las razones por las cuales más se atrasan los arbitrajes. Es usual que los árbitros tengan una importante carga de trabajo, pues tienen varios procedimientos arbitrales tramitándose en conjunto, además de la realización de sus demás actividades. Así es recurrente que algunos árbitros tengan dificultades al momento de fijar el calendario de las audiencias. En razón de ello, es conveniente que las partes consulten al árbitro acerca de su disponibilidad antes que sea nominado.

Sobre la conducción eficiente del arbitraje resulta interesante la norma establecida en el Reglamento de la ICC, Artículo 22Y, que dispone: "El tribunal arbitral y las partes deberán hacer todos

6. Y. Derains, "Is Arbitration Only as Good as the Arbitrator? Status, Powers and Role of the Arbitrator", *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, Kluwer Law International; International Council for Commercial Arbitration/Kluwer Law International Vol. 8, 2011.
7. Y. Derains, N. 6.

los esfuerzos para conducir el arbitraje de una manera expedita y eficaz en término de costos, teniendo en cuenta la complejidad y el valor de la controversia."

Con el objeto de lograr dicho objetivo, muchas instituciones arbitrales recomiendan la celebración de una conferencia preliminar sobre la conducción del procedimiento[8], donde las directivas sobre el procedimiento a seguir en el arbitraje sean convenidas.

El buen árbitro debe dirigir el caso, evitando costos innecesarios y pérdida de tiempo. Durante la etapa del inicio del arbitraje deben tratarse aspectos triviales, tales como que los escritos se presenten en forma separada de los documentos, que éstos comiencen con un índice, si se enviarán adicionalmente los documentos en formato electrónico para facilitar su consulta posterior, etc. Por lo tanto, el trabajo del árbitro supone no solamente tener el tiempo y la voluntad de estudiar a fondo la controversia, sino también administrar todo el procedimiento de modo eficaz, siempre atento a las peculiaridades del caso. Estando los aspectos formales resueltos desde el principio del procedimiento, es posible evitar dilaciones de plazos por dudas y cuestionamientos de orden práctico.

Es importante que el árbitro conozca los puntos en litigio desde el principio, pues cuanta más información tenga antes de esa conferencia, mayores posibilidades tendrá de ayudar a las partes a establecer el procedimiento adecuado en cuanto las cuestiones que deben ser resueltas así, por ejemplo, las pruebas documentales o testimoniales que se requieran, las áreas en las cuales se hará asistir por peritos, y la medida en que requerirá a las partes la exhibición de documentos para resolver los puntos litigiosos, cumpliendo así con su deber de diligencia.

8. Véase ICC, *Conducción eficaz del arbitraje: Una guía para abogados internos y para otros representantes de las partes*, 2015, disponible en <http://goo.gl/VRfYhX>. Igualmente, véase ICC, *Informe Control del tiempo y los Costos en el Arbitraj*e, 2008, disponible en <http://goo.gl/lpiUxK>.

Antes de la audiencia de prueba arbitral, conviene al árbitro estar informado y familiarizado del mérito de los memoriales de demanda, contestación, réplica y dúplica, pues ello le permitirá hacer orientaciones adecuadas a las partes de cuál puede ser la forma más eficiente de enfrentar la prueba y evitar la producción innecesaria o inconducente de pruebas. Este es un tema muy importante, especialmente si una de las partes intenta intencionalmente alargar el procedimiento. La limitación de la extensión y alcance de las presentaciones o escritos puede ser hecho por medio de una orden procesal a las partes de dar una explicación sobre la razón por la cual determinado documento cuya exhibición se requiere es relevante y sustancial para la resolución del caso.

Durante la audiencia de prueba, también el tribunal arbitral deberá ejercer pleno control sobre la producción de pruebas. Quedará a criterio del tribunal limitar o excluir preguntas, respuestas, o la comparecencia algún testigo, si considera que dicha pregunta, respuesta o comparecencia es irrelevante, insustancial, o repetitiva. Cabe también al árbitro conceder la opción de que algún testigo declare por videoconferencia o tecnología similar, en el caso de que no pueda estar presente en el lugar donde se lleva a cabo la audiencia de contra-interrogatorios, lo que puede ser muy útil para no retrasar el calendario procesal previamente establecido, tal como lo instruyen las Directrices de la IBA sobre la prueba[9].

La conveniencia de las alegaciones finales deberá ser evaluada por el tribunal después de la audiencia de contra interrogatorios, con el fin de reducir tiempo y costos. Puede ser práctico que el tribunal propicie una lista de cuestiones o puntos a los asesores legales sobre los cuales ellos deban expresarse, en el caso de que las alegaciones se presenten por escrito. Por el hecho de no existir un *standard* que sirva para todos los arbitrajes, la adaptación del procedimiento al asunto se hace necesaria. Igualmente, las técnicas como la bifurcación del procedimiento o la emisión

9. IBA, *Reglas de la International Bar Association (IBA) sobre Practica de Prueba en el Arbitraje Internacional*, Artículo 8(1) y 8(2), resolución Aprobada por el Consejo de la IBA, 29/05/2010.

de un laudo parcial sobre cuestiones preliminares al mérito, pueden hacer el procedimiento más ágil y menos oneroso.

Las características de diplomacia y neutralidad cultural son también muy importantes. Sin diplomacia, el árbitro tendrá una dificultad muy grande de convencer a las partes de las mejores soluciones en términos de procedimiento y convencer además a los demás miembros del tribunal de su punto de vista del caso. La neutralidad es también tema de suma relevancia, pues es necesaria la capacidad de entender el contexto cultural de las posiciones adoptadas por las partes. Así, por ejemplo, un árbitro pro contratante/contratista, con prejuicios geográficos, étnicos o raciales, no tendrá la capacidad de hacer un juzgamiento imparcial.

De acuerdo con Derains, "the arbitrators are responsible for the 'nuts and bolts' of the proceedings, but the overall "design" of such proceedings is a matter for the parties and their counsel[10]". Por lo tanto, para que el procedimiento arbitral sea adecuado y eficaz, hay algunas conductas y prácticas que dependen de los demás involucrados: abogados, partes y secretario arbitral; que pasaremos a analizar.

3. Correcto desempeño como abogado

La conducta ética de los abogados en arbitrajes internacionales constituye igualmente un tema esencial para el éxito de arbitraje. Es así como los abogados deben actuar en absoluta colaboración con el tribunal, de buena fe y sin el empleo de tácticas dilatorias, de modo de evitar un procedimiento arbitral oneroso y demorado.

El abogado ejerce un papel muy importante desde el principio del procedimiento. En el nombramiento del tribunal, el abogado tiene la función de aconsejar a su cliente para una correcta

10. Y. Derains, N. 6.

elección de los árbitros. Además, en gran parte, son los abogados quienes conducen el *timing* de cómo se desarrollará el arbitraje, lo que puede marcar la diferencia entre un procedimiento expedito o no.

Considerando la importancia que tiene el abogado en el buen desarrollo del arbitraje, se espera de ellos una conducta colaborativa y adecuada al reglamento arbitral aplicable. Sin embargo, por involucrar usualmente el arbitraje internacional profesionales de varios países y diferentes culturas, existe una cierta duda por parte de los apoderados de las partes sobre lo que se espera de ellos, ya que cada uno tiene como referencia las reglas éticas aplicables en sus respectivos países.

Atendida la insuficiencia de reglas específicas para el arbitraje internacional, acerca de la actuación de los abogados en los procesos arbitrales, existe una tendencia a la utilización de los códigos o estándares éticos establecidos por instituciones profesionales o tribunales nacionales. Sin embargo, el hecho de que las normas aplicables en cierta cultura no necesariamente sirven para otra distinta, se crea cierta incertidumbre que podría eventualmente llevar a que tenga lugar un trato desigual de las partes, lo que afectaría la integridad del procedimiento.

Generalmente los abogados de parte que participan en arbitrajes internacionales están sujetos a las normas éticas de la jurisdicción a la que pertenecen, pudiendo también estar sujetos a las normas del lugar sede del arbitraje, tal como establecen los Principios Internacionales de Conducta para la Profesión Jurídica de la IBA[11]. Este problema de la doble regulación a que los apoderados pueden estar sujetos es conocido como la doble deontología. Ello significa que muchas veces los abogados además de actuar de conformidad con los estándares de conducta nacionales pueden estar sujetos a otras reglas o normas éticas que sean diferentes o ajenas a sus costumbres. Además de la doble regulación, suele ocurrir que los abogados que estén participando en arbitrajes in-

11. Este Código sustituyó al Código de Conducta de la IBA, el 28/05/2011. Véase <http://goo.gl/BylkH8>.

ternacionales se vean en el deber de seguir y respetar también parámetros internacionales.

El trato justo y equitativo a las partes es un principio básico de todo arbitraje internacional. Por lo tanto, es en la garantía de ese principio que radica la importancia del tema, ya que éste debe mantenerse a pesar de existencia de las diferentes exigencias ontológicas y conductas que adoptan los abogados al basarse en diferentes reglas de ética profesional.

Las disímiles expectativas originadas por diferentes culturas éticas podrían llegar a generar desigualdades que pudieran afectar el trato justo y equitativo de las partes y su capacidad de presentar o defender su caso. Esta diversidad de reglas se presenta más evidente en el ámbito del arbitraje de inversión, donde comúnmente los abogados son de los más distintos orígenes y culturas[12].

Con todo, existen algunos estándares internacionales relacionados con la conducta de los abogados de parte. En el año de 1956 la IBA promulgó un Código Internacional de Ética para los Abogados, recientemente actualizado en 2011. La nueva versión –de manera distinta a la primera, que traía recomendaciones generales– trae especificados diez puntos que el abogado debe observar; a saber:

a) independencia: ofrecimiento de asesoría y representación imparcial a clientes, incluso en cuanto a las probabilidades de éxito del caso.
b) honestidad, integridad y justicia: El abogado deberá mantener en todo momento los estándares más altos de honestidad, integridad y justicia hacia los clientes, los tribunales, colegas y todos aquellos con quien el abogado entre en contacto profesional.

12. C. Brower y S. Schill "Regulating counsel conduct before international arbitral tribunals", *Making Transnational Law Work in the Global Economy*. Cambridge University Press, 2010. Disponible en <http://goo.gl/yh59SE>.

c) conflictos de interés: El abogado no deberá asumir una posición en la que los intereses del cliente entren en conflicto con los intereses del abogado, de otro abogado en la misma firma, u otro cliente.
d) confidencialidad/secreto profesional: El abogado deberá mantener la protección de confidencialidad respecto a los asuntos de clientes actuales o pasados.
e) Intereses de clientes: El abogado deberá tratar los intereses de clientes como primordiales.
f) compromisos del abogado: El abogado deberá honrar de manera oportuna cualquier compromiso dado en el curso de su práctica como abogado.
g) libertad del cliente: El abogado deberá respetar la libertad del cliente de ser representado por el abogado de su elección.
h) protección de la propiedad del cliente y de terceros: El abogado deberá dar cuenta puntual y fielmente, y mantener prudentemente cualquier propiedad de clientes o terceros que le sean confiados.
i) competencia: El abogado no deberá aceptar encargos que, razonablemente, no considere poder llevar a cabo de manera apropiada.
j) honorarios: Los abogados tienen derecho a honorarios razonables por su trabajo, y no deberán cobrar honorarios irrazonables.

En el ámbito europeo, el Consejo de la Abogacía Europea (CCBE) ha adoptado un código y una carta de principios fundamentales de la abogacía. Sin embargo, éstas reglas no abordan la problemática y particularidades del arbitraje internacional. Existen también *The Hague Principles on Ethical Standards for Conseul Appearing before International Courts and Tribunals* (2010), que son principios no vinculantes para los abogados de parte ante un tribunal de derecho internacional, incluyendo los tribunales arbitrales internacionales que involucran un Estado como parte, y *The international Code of Ethics for Lawyer Practing Before International Arbitral Tribunals*.

En forma más reciente, se han formulado las Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional[13] que, entre otras normas, establecen:

i) que una vez constituido el tribunal arbitral, una persona no debe aceptar la representación de una parte en el arbitraje si existe una relación entre dicha persona y un árbitro que crearía un conflicto de intereses, a menos que ninguna de las partes objete una vez que se efectúe la revelación (directriz 4);
ii) un representante de parte debe abstenerse de incurrir en cualquiera comunicaciones ex parte con un árbitro que se relacionen con el arbitraje, como regla general. Excepcionalmente, están permitidas si se refieren a las comunicaciones con un posible árbitro, en cuyo caso se deben limitar a proveer una descripción general de la controversia y obtener información relativa a la idoneidad del posible árbitro (directrices 7 y 8);
iii) el representante de parte no debe hacer ninguna declaración de hecho falsa ante el tribunal arbitral; tampoco debe presentar probanzas de testigos o peritos que sepa que son falsas (directrices 9-11);
iv) un representante de parte debe informar al cliente acerca de la necesidad de preservar, en la medida de lo razonablemente posible, documentos que pudieran ser potencialmente relevantes para el arbitraje; como igualmente, no debe presentar solicitud de exhibición de documentos u objetar cualquier solicitud de exhibición de documentos, por motivos indebidos, tales como hostigar o causar demora innecesaria (Directrices 12-17);
v) un representante de parte puede ayudar a testigos o peritos en la preparación de su declaración testimonial o en la elaboración de su dictamen, respectivamente, pero debe asegurarse de que la declaración o dictamen refleje la propia versión del testigo de los hechos, eventos y circunstancias relevantes y tratándose del perito que refleje su propio análisis y opinión (Directrices 18 a 25).

13. Resolución Aprobada por el Consejo de la IBA, 25/05/2013.

De esta forma, queda claro que la conducta ética que deben observar los apoderados de las partes es una postura colaborativa con el Tribunal. Conductas poco razonables como excesivas solicitudes de presentación de documentos, presentación de documentos confidenciales de la contraparte obtenidos de forma inapropiada, argumentos jurídicos insostenibles, contrainterrogatorios excesivos, tácticas dilatorias, pretensiones desmedidas, el no respeto a las órdenes procesales, solicitudes de medidas provisionales injustificadas, y el no respeto al calendario procesal sin justa causa son ejemplos de conductas inaceptables para lograr un eficiente procedimiento arbitral.

Para desalentar esas conductas procesales poco razonables, el artículo 37 del Reglamento de Arbitraje de la ICC[14] (*International Chamber of Commerce*) establece que al resolver sobre el reparto de las costas del arbitraje, el Tribunal tendrá en cuenta "las circunstancias que considere relevantes, incluyendo la medida en que cada parte haya conducido el arbitraje de forma expedita y eficaz en términos de costos". Dicha norma incentiva el cumplimiento de las mejores prácticas arbitrales por las partes y sus abogados durante la tramitación del procedimiento.

El tribunal puede también hacer el uso de otras herramientas, como la determinación de la exclusión de documentos confidenciales del conjunto probatorio, la determinación de llegar a una inferencia negativa en cuanto a ciertas pruebas (cuando una de las partes se rehúse a cooperar durante la exhibición de documentos o guarde silencio en cumplir una orden del tribunal sin excusa razonable para hacerlo), e incluso la descalificación del asesor de parte en casos extremos[15].

Igualmente, de acuerdo a las Directrices de la IBA sobre Representación de Parte, el tribunal arbitral puede adoptar diversas

14. Véase <http://goo.gl/1p0hgQ>.
15. H. Álvarez y M. Jiménez González, *"Los estándares éticos aplicables a los abogados de parte en el arbitraje internacional"*, Arbitraje Internacional: pasado, presente y futuro, Coordinadores: C. Coaguila y D. Revoredo Marsano de Mur, Tomo I, Instituto Peruano de Arbitraje: Lima, 2013, pp. 199 y ss.

medidas frente a una conducta indebida de los representantes de las partes; a saber:

i) amonestar al representante de la parte;
ii) hacer inferencias apropiadas al evaluar las pruebas utilizadas por el representante de la parte;
iii) considerar la conducta indebida del representante de la parte al momento de distribuir los costos del arbitraje;
iv) tomar cualquier otra medida que sea necesaria a efectos de preservar la justicia e integridad del procedimiento (Directrices 26 y 27).

4. Correcto desempeño como partes

A pesar que existan pocas referencias sobre la ética que las partes deben observar en un arbitraje, lo normal es que el tribunal espere mínimamente de ellas una conducta respetuosa con el convenio arbitral y con las exigencias que derivan del procedimiento arbitral acordado al igualmente que el cumplimiento de las reglas de tramitación del arbitraje adoptadas. Por ser un procedimiento privado, donde el árbitro carece del poder de coacción, el arbitraje depende en gran parte de la buena fe en la actuación de las partes.

En relación al acuerdo de arbitraje, una mala práctica –más habitual que lo esperado– es el ejercicio injustificado de la acción en la vía judicial, a pesar de la existencia de un convenio arbitral incuestionablemente válido y celebrado voluntariamente entre las partes. Tal actitud culmina en un inevitable retraso para la resolución de la cuestión jurisdiccional y la onerosidad del procedimiento.

Otra mala práctica muchas veces usada por las partes son las recusaciones infundadas o frívolas sucesivas, con el único objetivo de postergar el procedimiento. Lo mismo puede decirse de aquellos casos en que una de las partes trata de obstruir judicial-

mente el procedimiento de designación de los árbitros –a pesar de haber acordado la aplicación de un reglamento de arbitraje que prevea tal procedimiento–, con el único propósito de dilatar el comienzo del arbitraje.

Igualmente, donde es común la violación de buenas prácticas por las partes es en la solicitud injustificada y abusiva de la prórroga de plazos para el cumplimiento de ciertas cargas procesales, casi siempre acompañada de la amenaza de que la negativa por parte del tribunal arbitral constituiría denegación de oportunidad de presentar el caso o hacer valer sus derechos. No menos comunes son las veces en que las partes se ponen de acuerdo sobre el procedimiento y los plazos y aun así, alguna de ellas hace peticiones unilaterales no previstas en el procedimiento o presenta documentos fuera del plazo, lo que implica que el arbitraje se vea enfrentado con etapas no previstas en las reglas de procedimiento.

No es raro que una de las partes haga una solicitud y, frente a la negativa de esta, la parte reformule la misma solicitud bajo otros argumentos tantas veces cuantas pueda. Esta mala práctica, no solamente es mal vista por los árbitros, que tienen que decidir varias veces sobre el mismo tema, pero también usualmente implica que el calendario procesal se vea retrasado, pudiendo, en definitiva, causar dilación innecesaria en la resolución del arbitraje.

La conducta colaborativa de las partes también se pone a prueba cuando se trata de las audiencias. Muchas veces la falta de comparecencia de testigos o peritos es usada como un medio para la repetición del acto en nueva fecha. Cuando se trata de permitir a la parte contraria y a sus peritos el acceso a las instalaciones propias o a documentos de los que se tiene control, otra vez se pone a prueba la cooperación procesal de las partes. Grave violación de los principios y deberes de cooperación procesal son también el ocultamiento o destrucción de pruebas, además de constituir una práctica totalmente contraria a la ética arbitral.

La última oportunidad que resta a una parte que actúa de mala fe en un arbitraje es buscar la nulidad del procedimiento, o bien intentar obstruir su reconocimiento y ejecución. A pesar que puedan existir situaciones en que la parte perdedora realmente tenga fundamentos para pedir la anulación del laudo o la denegación de su reconocimiento o ejecución, existen otros casos en que esto no ocurre, y de la misma forma la parte perdedora usa de estos artificios únicamente como táctica dilatoria.

5. Correcto desempeño como secretario arbitral

Por último, tratándose del secretario arbitral, esto es, de la persona que ayuda al árbitro en la parte administrativa, organizacional y de investigación del arbitraje, constituye usualmente un apoyo muy útil para una eficiente administración de un arbitraje, especialmente si no existe el apoyo de una institución administradora, por tratarse de un arbitraje *ad-hoc*.

Generalmente, el árbitro sugerirá a las partes un secretario arbitral cuando el caso por su complejidad jurídica o administrativa lo exija. De acuerdo con el *Young International Council for Comercial Arbitration Guide on Arbitral Secretaries*[16], el tribunal arbitral debe contar con el consentimiento de todas las partes antes de nombrar el secretario, que debe estar sujeto a las mismas reglas de confidencialidad y privacidad a que está sujeto el árbitro.

Como el arbitraje es un procedimiento privado donde las partes tienen amplia libertad para establecer algunas reglas, no sería distinto tratándose de la nominación del secretario arbitral, de modo que las partes pueden hacer objeciones si así les pareciere. Si la objeción al secretario es fundada, basada en un verdadero conflicto de intereses, el tribunal debe proseguir sin el secretario o nombrar a otro. Sin embargo, si la objeción de la(s)

16. Young ICCA, "Guide on Arbitral Secretaries", *The ICCA Reports*, 2014(1), véase <http://www.arbitration-icca.org/>.

parte(s) se da en términos generales (por ejemplo, con el argumento de los costos asociados), el tribunal debe considerar las circunstancias del caso para determinar si el nombramiento del secretario es realmente necesario para la resolución eficiente y eficaz de la disputa, aunque la posición de la(s) parte(s) sea discordante.

De acuerdo con la guía de la ICCA, el rol del secretario arbitral incluye básicamente:

(a) La ejecución de las cuestiones administrativas que sean necesarias en ausencia de una institución arbitral;
(b) Comunicar a la institución arbitral y las partes las resoluciones adoptadas por el tribunal arbitral;
(c) La organización de reuniones y audiencias con las partes;
(d) Manejo y organización de la correspondencia, las comunicaciones y las pruebas en nombre del tribunal arbitral;
(e) Investigar las cuestiones de derecho;
(f) Investigar cuestiones relativas a las pruebas fácticas y declaraciones de testigos;
(g) Elaboración de resoluciones u órdenes procesales y documentos similares, bajo la supervisión del tribunal;
(h) Revisar los escritos de las partes y pruebas, y la elaboración de cronologías de hechos y memorandos que resumen sus argumentos y pruebas de las partes;
(i) Asistir a las deliberaciones del tribunal arbitral; y
(j) Hacer el borrador de la posición de las partes para el laudo arbitral, bajo la supervisión del tribunal (no siendo de competencia del secretario hacer los argumentos legales de la decisión).

Sin embargo, es discrecionalidad del tribunal determinar los deberes y responsabilidades que pueden ser confiadas al secretario. Es responsabilidad de los árbitros revisar todos los documentos clave acompañados o hechos valer por las partes. No obstante, la asistencia de un secretario arbitral para revisar todo el expediente probatorio a fin de investigar controversias relacio-

nadas con las pruebas fácticas y testimonios es una buena práctica que puede agregar valor y eficiencia al proceso.

Lo que ocurre en la práctica es que muchos árbitros hacen responsablemente un uso más completo de secretarios arbitrales diligentes, más allá de la función puramente administrativa, para ayudar a ellos en el desempeño de sus funciones, sin que ello implique de modo alguno que los árbitros se vean liberados de sus funciones esenciales tanto en la conducción del procedimiento arbitral como en la resolución del asunto controvertido. Sin embargo, el tema de los límites de las atribuciones del secretario arbitral no está todavía bien y suficientemente desarrollado, sin que exista uniformidad acerca del límite de las tareas que los árbitros pudieran delegar.

Lo que es indiscutible es que el hecho del tribunal de contar con un secretario arbitral puede ser una buena práctica. Es sabido que los árbitros, generalmente, son personas muy ocupadas y que, por veces, no tienen tiempo suficiente para ordenar, sistematizar y procesar toda la documentación que se le entrega, el contacto con las partes y la administración que el arbitraje necesita, especialmente cuando se trata de un procedimiento *ad hoc,* en que no se cuenta con una institución que apoye en la administración del arbitraje. El secretario arbitral puede dedicar más tiempo a investigar las cuestiones, revisar los escritos de las partes y pruebas y coordinar la preparación de las audiencias, lo que auxilia y optimiza mucho el trabajo del árbitro, contribuyendo para que el procedimiento sea expedito.

6. Consideraciones finales

Como hemos podido apreciar, la conducción de todo arbitraje comercial internacional en aras a lograr una solución justa, expedita y especializada dentro de plazos razonables supone como pieza fundamental contar con un árbitro, que no solo reúna las condiciones de imparcialidad e independencia propias de

todo juzgador, sino que también tenga adicionalmente, entre otras cosas, la habilidad de decidir, disponibilidad, capacidad de trabajar intensamente, diplomacia y neutralidad cultural, asumiendo un rol pro-activo en la conducción del procedimiento arbitral, dando las garantías para que cada parte pueda hacer valer oportunamente sus derechos, y que la prueba que se rinda sea pertinente y conducente a poder resolver en forma adecuada los puntos litigiosos, lo que le permita dictar un laudo que se pueda ejecutar. Sin embargo, resulta también fundamental contar con la adecuada actitud de colaboración tanto de los apoderados o representantes de las partes como de éstas mismas, para lo cual constituye una herramienta muy útil tener en consideración las Directrices establecidas especialmente por la IBA antes analizadas, que recogen las buenas prácticas para una mejor conducción del procedimiento arbitral. Igualmente, es muy útil que el tribunal arbitral pueda contar con el apoyo de un secretario arbitral, que contribuya a que el procedimiento arbitral pueda ser llevado a cabo en forma eficiente, especialmente en la parte administrativa, organizacional y de investigación del arbitraje, todo lo cual redundará en definitiva en un mejor arbitraje.

Compétence-Compétence y la Remisión al Arbitraje

*Francisco González de Cossío**

Recibido/Received: 24/08/2015
Aceptado/Accepted: 19/08/2016

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** Significado de *compétence de la compétence.* **3.** La remisión al arbitraje **4.** Comentario Final.

PALABRAS CLAVE: arbitraje, jurisdicción, acuerdo arbitral, validez, remisión.

KEYWORDS: arbitration, jurisdiction, arbitration agreement, referral to arbitration.

RESUMEN: Existe una tensión entre dos principios clave de la eficacia del arbitraje: la determinación de jurisdicción por el árbitro atento a *compétence-compétence*, por un lado; y la forma en que se hace cumplir el acuerdo arbitral: la remisión al arbitraje, por el otro. La correcta solución de la tensión exige entender los motivos detrás de cada uno. Y de la correcta aplicación depende la eficacia del arbitraje. Ambos se abordan en este ensayo.

ABSTRACT: A tension exists between two pivotal arbitration principles: the decision on jurisdiction by the arbitrator

* Árbitro, mediador y abogado de parte, Socio, González de Cossío Abogados, SC (www.gdca.com.mx). Profesor de arbitraje, Universidad Iberoamericana y Escuela Libre de Derecho. Maestría y doctorado, University of Chicago. Negocios, Harvard Business School. Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx.

F. González de Cossio, "*Compétence-Compétence y la Remisión al Arbitraje*", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 2015.

further to *compétence-compétence*, on the one hand; and the procedure to enforce arbitration agreements: the referral to arbitration, on the other. The proper solution to the tension requires grasping the reasons for each. And the entire efficacy of arbitration hinges on the proper handling of the tension. Both are the subject of this essay.

1. Introducción

Hay algo profundo e interesante en la relación entre la remisión al arbitraje y la facultad del árbitro de decidir sobre su competencia (el principio *compétence-compétence*). Su comprensión y correcta implementación es crucial pues implica en esencia un justo medio entre dos polos que incluyen derechos fundamentales. Por un lado, el derecho a que se cumpla el pacto arbitral: el derecho fundamental a acudir al arbitraje. Por otro, el derecho fundamental a obtener justicia estatal: el derecho público subjetivo de tutela judicial. Para explicar por qué, a continuación abordo el significado de *compétence-compétence*, el motivo por el que existe y el dilema que resuelve, no sin antes mencionar el régimen de trasfondo: el derecho público subjetivo a obtener justicia.

Como regla, están los tribunales estatales para resolver los problemas entre particulares. De ello se cerciora la Constitución. El mismo precepto contempla el derecho a no ejercer dicho derecho. Más puntualmente, el derecho a utilizar mecanismos alternativos de solución de controversias. Dicho derecho existe por el simple hecho que hay ocasiones en que lo que más conviene o lo que le puede interesar al gobernado es encausar un problema a uno de los mecanismos que conforman el género de solución alternativa de controversias. Los motivos son diversos, y no son objeto de esta nota[1]. Lo que es conveniente aquí mencionar es que si un particular hace uso de dicho derecho, el pacto debe ser respetado.

1. Estos son abordados en F. González de Cossío, *Arbitraje*, Porrúa, 4ta. Ed., 2014. El marco conceptual detrás de cuándo usarlos está en las pp. 9 y ss.

Aceptado ello, puede suceder que la validez del pacto sea objeto de diferencia de opinión –en sí, una disputa–. Esto encierra –o más bien puede encerrar– una ironía. Si una persona considera que no existe la obligación de arbitrar, exigir que se encause en arbitraje la solución a dicha postura es hacer justamente a lo que se opone. Obligarlo a cumplir la obligación cuya existencia cuestiona.

Este es el dilema que deseo comentar en esta nota. Para entender su solución, es necesario tener un cabal entendimiento del principio *compétence de la compétence*.

2. Significado de *compétence de la compétence*

Compétence, en su mejor expresión, significa que el árbitro es el *primer* juez de su jurisdicción. Es decir, la versión más refinada de *compétence* es que es una *regla de tiempos*: el árbitro decide primero, el juez en definitiva.

El principio es frecuentemente citado como emblemático del arbitraje. Como uno de sus principios más caros. Lo que con menos frecuencia se comenta es la función que cumple. Su por qué y para qué.

Si *compétence* no existiera, tendría que inventarse. El motivo se hace aparente si se considera lo que ocurriría en un mundo *sin* compétence.

Un ejemplo puede ilustrar por qué. *A* demanda a *B*. *B* opone como excepción (defensa) que el contrato es nulo. No se trata de una táctica dilatoria o uno de los –frecuentemente vistos– argumentos “escopeta” que cuestionan todo, desde la identidad del tribunal, todas sus órdenes procesales, hasta la marca del café usado en las audiencias. Y por supuesto, *la validez del contrato*. Se trata de un argumento que puede ser exitoso dada la inteligencia con la que se presenta, y sobre todo por que descansa en una

norma imperativa contenida en el derecho aplicable que bien puede tener el resultado indicado.

Una respuesta natural es aducir que la cuestión sobre la validez del contrato que contiene el acuerdo arbitral es parte del género de disputas comprendidas en la cláusula arbitral (que dice "Toda disputa de este contrato será ventilada en arbitraje"). Pero ello detona un problema. Si *B* cuestiona la validez del contrato, incluyendo la validez jurídica de las obligaciones contenidas en el mismo, una de las cuales es arbitraje, *exigir* arbitraje invita una discusión semejante a lo que la lógica llama "afirmar el consecuente": suponer el resultado. Dar efectos justamente a la obligación que se está cuestionando.

Es en esta coyuntura analítica que entra *compétence*. No es un paso obligado –ni en la lógica ni en la jurídica–. Es un paso de política legislativa. En su expresión cruda, *kompetenz* significaba 'el árbitro es *el* juez de su jurisdicción'. Su expresión refinada es 'el *primer* juez de la jurisdicción del árbitro es el árbitro'. ¿Por qué el primer? Porque el juez *final* será el juez estatal competente.

No puede ser al revés por tres motivos. Primero, porqué el árbitro no puede pasar juicio sobre la determinación del juez. Segundo, si el juez pasara juicio *ex ante* sobre la jurisdicción del árbitro, el efecto sería que para arbitrar, se necesitaría litigar un contrasentido si se considera que el núcleo de la voluntad de las partes al pactar arbitraje es no litigar. Lo que en el *Liber Amicorum*, CREMADES *y* DERAINS llamé "*La Ironía de Compétence*"[2]: para arbitrar sería necesario litigar. Tercero, es válido suponer que éste resultado *lamentable* se tornaría en *insoportable*: cualquier cuestionamiento, sin importar cuán banal e improcedente sea, daría lugar a que tuviera que litigarse judicialmente –probablemente durante años– para que se le dé la razón a quien quería recurrir al arbitraje en primer lugar.

2. B. CREMADES e Y. DERAINS. *Liber Amicorum*. Citado en M. FERNÁNDEZ BALLESTEROS y D. ARIAS (Eds.), *La Ley*, Wolters Kluwer, España, 2010.

Una táctica dilatoria preciosa por exitosa.

Es lo anterior lo que explica el que exista la decisión de política arbitral que los cuestionamientos sobre la jurisdicción de un tribunal arbitral sean considerados por el tribunal arbitral mismo, salvo casos de nulidad "manifiesta" (según la visión francesa) o "*gateway*" (en términos de Estados Unidos). Es decir, en su esencia, *compétence* es un principio que da efectos a la voluntad de las partes. Que evita caer en la ironía que para *arbitrar* es necesario litigar.

Esto es importante recalcar pues es frecuentemente pasado por alto. Jurisdicciones diversas –a veces por sus máximos tribunales– han errado en este punto. Los motivos han sido entendibles: la preocupación de afirmar el consecuente. Exigir arbitrar cuando se cuestiona todo es suponer demasiado. Sin embargo, conocidos los motivos ya indicados, se torna en entendible y aceptable. Y por ende venerable.

3. La remisión al arbitraje

La remisión al arbitraje es la forma en que se implementa lo anterior. Entendido el dilema, la redacción de la norma que acoge el principio no es fácil. Si se mal diseña, puede afectarse un derecho fundamental: ya sea por exceso o por defecto. Por *exceso*, si se encausan al arbitraje casos que deberían ir a los tribunales. Por defecto, si se encausan a los tribunales casos que debían acabar en arbitraje.

¿Cómo distinguir?

El artículo 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador dice:

> Una vez constituido el Tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará el Secretario designado, se leerá el documento que contenga el con-

> venio arbitral y el Tribunal resolverá sobre su propia competencia […][3].

El artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador dice:

> Las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan celebrado, en cuyo caso cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá, sin embargo, que tal renuncia existe cuando, presentada por cualquiera de ellas una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opone, en el tiempo de proponer excepciones, la de existencia de convenio arbitral.
> El órgano judicial respectivo deberá sustanciar y resolver esta excepción, de haberse propuesto, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya comunicado el traslado. Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario, ejecutoriado el auto dictado por el Juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales[4].

La relación entre ambos preceptos es la esencia de esta nota. El Art. 22 contiene el principio: *compétence*. El Art. 8 contiene la manera de implementarlo cuando una de las partes lo incumple: la remisión al arbitraje vía la incompetencia del juzgador a quien le es planteado el asunto amparado por un acuerdo arbitral. Este es –y debe ser– el punto de partida de todo el análisis. No hacerlo sesga. Corre el riesgo de errar por comenzar en un punto de partida diverso al correcto.

Es ante este trasfondo que debe plantearse la incógnita: *¿quid iuris* si existe duda[5] sobre la competencia como resultado de una duda sobre la validez o alcance del acuerdo arbitral?

3. Ley de Arbitraje y Medicación (LAM), RO No. 417, 14/12/2006.
4. Ibídem.
5. Por seriedad analítica, supongo que el cuestionamiento jurisdiccional es serio. Que no es fruto de una táctica dilatoria. Después de todo, éstas quedan comprendidas en la regla (remisión), y no detonan el dilema que busca abordar este ensayo.

Esta duda ha enigmado a varios. Después de todo, mucho depende de ella. Una postura sobre-estimulada del arbitraje propiciaría que, quien tiene un duda legítima sobre la competencia, sea turnado al arbitraje –algo injusto, pues no pactó arbitraje. Por otro, que una persona que pactó el arbitraje presumiblemente por su ventaja en velocidad o uni-instancialidad, sea obligada a litigar en varias instancias y durante mucho tiempo, la cuestión sobre si existe un deber de acudir al arbitraje. Y concluida dicha discusión, aun así tiene que litigar su asunto– durante algo de tiempo y varias instancias. Un resultado que hace nugatorio su pacto.

La solución al dilema, el punto medio que no comete el error de defecto ni de exceso, está en comprender la naturaleza de *compétence*: *una regla de tiempos*. Si una parte cuestiona la validez de un acuerdo arbitral, y por ende, la jurisdicción de un tribunal arbitral, ello debe ser decidido por el árbitro atento al artículo 22. Si la duda se presenta al juzgador como motivo para no remitir al arbitraje, conforme al artículo 8, el juez debe:

1. **Suposición: validez del acuerdo arbitral**: Como punto de partida, el acuerdo arbitral se presume válido, por lo que se debe remitir al arbitraje de inmediato.
2. **Vencimiento de la Suposición**: La determinación del mérito del argumento de invalidez debe ser conspicua. "Notoria", dice el derecho arbitral mexicano[6]. "Manifiesta" dicen los franceses y los peruanos[7]. "Evidente" dicen otros. El punto: tiene que ser un motivo casi incuestionable. Axiomático. Si es discutible, *tiene que irse al arbitraje*. Ya tendrá oportunidad el juez de analizar la determinación del árbitro durante el juicio de nulidad o ejecución del laudo. (Y la carga de la prueba está en los hombros de quien se opone a la remisión.)
3. **Ante la duda, remitir**: Cualquier duda sobre la validez, eficacia o imposible ejecución del acuerdo arbitral debe ser resuelta a favor de la remisión.

6. Artículo 1465 del Código de Comercio de México.
7. Artículo 16(3) y 16(4) del Decreto Legislativo 1071, El Perú.

4. Comentario final

Uno de los juristas más influyentes de la historia de Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes, observaba que:

The life of the law has not been logic, it has been experience.

[La vida del Derecho no ha residido en la lógica, sino en la experiencia]

Compétence es un producto de la *experiencia*, no la *lógica*. De entender que sin *compétence*, no se lograría la voluntad de las partes, y que se accidentarían procesos arbitrales. Ante ello, *compétence* es la pieza de política legislativa que cambia el cauce natural que generaría problemas.

Las Modificaciones a la Ley Brasileña de Arbitraje

Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo y*
*Thomas Alexandre de Carvalho***

Recibido/Received: 15/12/2015
Aceptado/Accepted: 19/08/2016

SUMARIO: **1.** Introducción. **2.** El avance del sistema arbitral en Brasil bajo la Ley N. 9.307/1996. **2.1.** La necesidad de reforma de la Ley de Arbitraje: aspectos prácticos. **3.** La nueva Ley N. 13.129/2015. **4.** Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: arbitraje, Ley Brasileña de Arbitraje, modificaciones

KEYWORDS: amendments, arbitration, Brazilian Arbitration Act

RESUMEN: La Ley Brasileña de Arbitraje (Ley N. 9.307/1996) sufrió recientes modificaciones (Ley N. 13.129/2015) que son o soluciones de preocupaciones antiguas de la práctica arbitral en Brasil y ya encontraban respaldo en orientaciones más o menos consagradas en la doctrina y jurisprudencia o son verdaderas innovaciones.

* Socio de la firma Lilla, Huck, Otranto, Camargo Advogados (Brasil), Profesor del Curso de Postgrado de la Escuela de Derecho de São Paulo de la Fundación Getúlio Vargas. Abogado por la Universidad de São Paulo, Master en Derecho Procesal Civil por la Universidad de São Paulo, Doctor (Ph.D.) en Derecho Procesal Civil por la Universidad de São Paulo. Árbitro.

** Socio de la firma Lilla, Huck, Otranto, Camargo Advogados (Brasil). Abogado por la Universidad de São Paulo. Master en derecho civil en curso por la Universidad de São Paulo.

R. da Costa Manso Real y T. de Carvalho, “Las Modificaciones a la Ley Brasileña de Arbitraje”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 2015.

Este artículo traerá el lineamiento general del escenario actual del arbitraje en Brasil bajo las nuevas modificaciones.

ABSTRACT: The Brazilian Arbitration Act (Law N. 9.307/1996) has suffered some recent amendments (Law N. 13.129/2015) that provide either solutions for the brazilian arbitration practitioners' old concerns that were already found in treatise writers and judicial interpretation or represent genuine innovations. This paper will address the main modifications to the current Brazilian arbitration scenario after these amendments.

1. Introducción

El 26 de mayo de 2015, Brasil sancionó la Ley N. 13.129/2015 con el objeto de modificar y complementar algunas disposiciones de la Ley Brasileña de Arbitraje (Ley N. 9.307/1996), aplicable tanto para arbitrajes dentro del Brasil e internacionales, y además insertó disposiciones específicas sobre arbitraje en materia societaria en la Ley Brasileña de las Sociedades por Acciones (Ley N. 6.404/1976). En su preámbulo la nueva Ley N. 13.129/2015:

> "Modifica la Ley N. 9.307, del 23 de septiembre de 1996 [Ley de Arbitraje], y la Ley N. 6.404, del 15 de diciembre de 1976 [Ley de las Sociedades por Acciones], para ampliar el ámbito de aplicación del procedimiento arbitral y resolver acerca de la designación de los árbitros cuando las partes recurren a los órganos arbitrales, la interrupción de la prescripción como efecto de la institución de arbitraje, la concesión de medidas cautelares y de urgencia en arbitraje, la carta arbitral, y deroga artículos de la Ley N. 9.307, de 23 de septiembre de 1996"[1].

Aunque la nueva ley ya esté en vigor desde fines de julio de 2015, las recientes modificaciones aún no fueron receptadas por completo por la doctrina brasileña –tampoco por la jurispruden-

1. Todas las referencias a los diplomas normativos brasileños fueran traducidas al español por los autores de este artículo.

cia– de tal modo que el presente artículo traerá lineamientos generales de las modificaciones efectuadas. Algunas modificaciones todavía, son soluciones de preocupaciones antiguas de la práctica arbitral en Brasil y ya encontraban respaldo en orientaciones más o menos consagradas en la doctrina y jurisprudencia. Otras son verdaderas innovaciones. Adecuadas o no, el tiempo lo dirá. Por ahora, nuestro trabajo se limita a presentar lo que cambia con el nuevo ordenamiento legal.

2. El avance del sistema arbitral en Brasil bajo la Ley N. 9.307/1996

Antes de la sanción de la Ley N. 9.307/1996, el arbitraje en Brasil era muy poco utilizado. A causa de dos motivos: la ausencia de tratamiento de la cláusula compromisoria en el Código Civil Brasileño de 1916 y en el Código de Procedimiento Civil Brasileño de 1973 y la necesidad de someter el laudo arbitral a la homologación judicial[2]-[3]. Así, para la institución de arbitrajes antes de la promulgación de la referida ley, no sólo era necesario que las partes expresamente pactasen el compromiso arbitral al efecto de tratar un conflicto específico, sino que también una vez finalizado el trámite del procedimiento arbitral, con el laudo final (cualquiera que fuera su naturaleza o resultado), debía ser necesariamente homologado por el Poder Judicial para que pudiera producir sus efectos[4] y en consecuencia, pasar por todo el trámite procesal estatal sujeto al doble control jurisdiccional y a eventuales recursos ante las cortes superiores.

2. Todas las referencias a bibliográficas en lengua extranjera fueran traducidas al español por los autores de este artículo.
3. Véase, por ejemplo, C. A. Carmona, sobre este punto: "Básicamente, eran dos los grandes obstáculos que la ley brasileña criaba para la utilización de la arbitraje: en primer, el legislador simplemente ignoraba la cláusula compromisoria (el Código Civil de 1916 y el Código de Procedimiento Civil de 1973 no tenían cualquier regla a ese respecto); adicionalmente, el diploma procesual, consonante la tradición de nuestro derecho, exigía la homologación judicial del laudo arbitral", *Arbitragem e Processo*, 3ra. Ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 4.
4. Así era la redacción del artículo 1.097 del Código de Proceso Civil derogado por la Ley de Arbitraje. "Art. 1.097. El laudo arbitral, después de homologado, produce entre las partes y sus sucesores los mismos efectos de la sentencia judiciaria; contiendo condenación de la parte, la homologación conferirá eficacia de título ejecutivo (Artículo 584, III)".

Al fin y al cabo, el procedimiento arbitral brasileño antes de la Ley de Arbitraje no era atractivo a las partes, atento a la inexistencia de obligatoriedad de las cláusulas compromisorias para las partes. Sólo después de surgido el conflicto y de que las partes lograsen elegir el arbitraje como alternativa para su solución, además debían recurrir al Poder Judicial para que se proceda a la homologación de la decisión arbitral.

Estas dificultades, sin embargo, fueron claramente superadas con la sanción de la Ley N. 9.307/1996. La Ley de Arbitraje Brasileña otorgó total eficacia a las cláusulas compromisorias insertas en el cuerpo de los contratos firmados, quedando las partes vinculadas al procedimiento arbitral y evitando la necesidad de celebrar un compromiso arbitral, y además excluyó la necesidad de homologación de los laudos arbitrales junto al Poder Judicial, equiparando los efectos de las sentencias arbitrales y judiciales[5]. De esta forma el procedimiento arbitral ganó autonomía. Además, la ley confirió reglas y adoptó directrices de las leyes más modernas de aquel tiempo, como la Ley Italiana, la Ley Española y la Ley Francesa.

Pero la tradición brasileña no estaba preparada para tamaño cambio de perspectivas, ya que estaba enraizado en la comunidad jurídica el rechazo a la utilización de tal procedimiento. No es exagerado decir que la utilización del arbitraje solamente logró inmiscuirse en la comunidad jurídica brasileña después del juzgamiento respecto de la constitucionalidad de la Ley N. 9.307/1996, llevado a cabo por el Supremo Tribunal Federal del Brasil con fecha 12 de diciembre de 2001[6].

Hoy en día, incluir una cláusula de compromiso arbitral en contratos de gran valor económico es práctica común e incentivada en las firmas de abogados brasileñas, no solo por la posibilidad de elegir los árbitros con conocimientos en la materia en

5. Art. 31. La sentencia produce, entre las partes y sus sucesores, los mismos efectos de la sentencia proferida por los órganos del Poder Judiciario y, siendo condenatoria, constituí título ejecutivo.
6. Véase, Supremo Tribunal Federal, *Homologación de Sentencia Extranjera*, Min. Sepúlveda Pertence, No. 5.206, de 12/12/2001, <www.stf.jus.br>.

litigio, sino por la celeridad del procedimiento y la imposibilidad de apelar la sentencia arbitral, cuestiones que otorgan gran seguridad jurídica a las partes.

Hoy en día las empresas brasileñas se destacan mundialmente como grandes utilizadores del sistema de arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos. Una publicación reciente de la *International Chamber of Commerce (ICC)* ubica a Brasil como el tercer país en número de arbitrajes en aquél centro, solamente detrás de EE.UU. y Francia[7].

Otro dato a destacar y que corrobora la importancia que le fue conferida al arbitraje en Brasil, es el valor medio de los litigios en curso en el *Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá – CAM-CCBC,* importante centro de arbitraje brasileño, que fue de R$ 26.956.271,45 (veintiséis millones novecientos cincuenta y seis mil doscientos setenta y un reales y cuarenta y cinco centavos) para el año 2013, lo que era equivalente, en la época, a aproximadamente US$ 11.500.000,00[8] (once millones quinientos mil dólares).

Como se puede apreciar, el escenario actual del arbitraje en Brasil es muy positivo. La Ley N. 13.129/2015 no pretendió cambiar ese escenario, más si complementarlo, corregir algunas deficiencias, y sanar dudas que eran de conocimiento de todos y cuya solución era –comúnmente– ofrecida por la jurisprudencia y doctrina.

7. ICC "2014 ICC Dispute Resolution Statistics", *ICC Dispute Resolutin Bulletin 2015 No. 1.* <http://goo.gl/pfhyy4> (30/12/2015).
8. CAM, Centro de Arbitragem e mediação. "Estatística: janeiro a dezembro de 2015" <http://goo.gl/R13rkw> (30/12/2015).

2.1 La necesidad de reforma de la Ley de Arbitraje: aspectos prácticos

El nuevo orden legal instituido con la Ley N. 9.307/1996 no era perfecto y algunas modificaciones y complementos se anunciaban como necesarios.

Por ejemplo, en materia de medidas cautelares, la Ley N. 9.307/1996 sólo previa la posibilidad de que las partes las solicitaran directamente al Tribunal Arbitral, sin decir nada respecto de la posibilidad de solicitárselas directamente al Poder Judicial. La ley guardaba silencio acerca de las medidas cautelares cuya necesidad de interposición fuesen antes de la constitución del tribunal arbitral. Véase lo que decía el derogado párrafo 4º del artículo 22:

> "Excepto lo dispuesto en el párrafo 2º, urgida la necesidad de medidas coercitivas o cautelares, los árbitros podrán solicitárselas al órgano del Poder Judicial que sería, originalmente, competente para juzgar la causa."

Pero la práctica demostró la existencia de varias situaciones cotidianas que necesitaban de pronunciamientos urgentes, mayormente antes de la institución del Tribunal Arbitral que, según la ley brasileña, se encontraba legalmente constituido con la aceptación de la designación del árbitro, si fuese único o por todos los árbitros, si hay más de uno[9]. Por ejemplo, cuando una de las partes necesitaba hacer un pago en forma judicial de parte del crédito para no caer en los efectos de la mora. Este fue uno de los puntos más criticado por muchos estudiosos del tema[10].

Otro punto que necesitaba de mejor tratamiento legal era el plazo para la anulación de la sentencia arbitral parcial. La Ley N. 9.307/1996 no trataba el tema porque el artículo 33 (hoy dero-

9. Art. 19. Considera-se instituido el arbitraje cuando acepta la nominación por el árbitro, si único, o por todos, si fueren varios.
10. Véase, C. A. Carmona, *Arbitragem e Processo*, 3ra. Ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 326 y F. J. Cahali, *Curso de Arbitragem*, São Paulo: RT, 2011, p. 329.

gado), no hacia diferencia entre la sentencia parcial y final. El artículo derogado decía así,

> La parte interesada podrá concurrir ante el Poder Judicial competente para solicitar la declaración de nulidad de la sentencia arbitral, en los casos previstos en esta Ley. § 1º. La demanda para anulación de la sentencia arbitral seguirá el procedimiento ordinario, previsto en el Código de Procedimiento Civil, y deberá ser solicitada en el plazo de hasta noventa días después de recibida la notificación de la sentencia o de su aditamento […].

Es por ello que, S. Lemes dijo que "todo abogado diligente proponía la acción anulatoria en los 90 días a contar de la sentencia parcial y no final"[11]. Era patente la falta de seguridad jurídica en el orden legal entonces vigente: no se esperaba a la sentencia final para intentar la anulación de la sentencia parcial, aún sin previsión expresa en la ley.

Otro punto a destacar es la posibilitad de someter a la administración pública a un procedimiento arbitral. El tema fue demasiado obscuro en la Ley N. 9.307/1996, que solo preveía que los únicos litigios susceptibles de acceder a la vía arbitral debían ser aquellos en los que participasen personas con capacidad y cuyo objeto fuese de orden patrimonial disponible. C. A. Carmona ya decía,

> La *arbitrabilidad* de las causas que involucran –directa o indirectamente– al Estado es materia que suscita aún hoy vivo debate. A pesar de que haya un importante (y vetusto) precedente representado por el caso testigo "Lage", según el cual el Supremo Tribunal Federal estableció que no es posible impedir someter una cuestión que pueda ser objeto de transacción a la solución arbitral[12].

En efecto, la cuestión era polémica, pero no impidió que contratos con la Administración Pública fuesen redactados con cláu-

11. "*Entrevista–Professora Selma Lemes*", Revista de Arbitragem e Mediação, v. 46/2015, p. 448.
12. C. A. Carmona, *Arbitragem e Processo*, Atlas, 2009, p. 45.

sula sometiendo los litigios oriundos de aquél contrato a la solución arbitral, como pasó a ser expresamente permitido en algunas leyes brasileñas, por ejemplo, la Ley del Petróleo y Gas (Ley N. 9.478/1997), la Ley de Aparcería Público-Privada (Ley N. 11.079/2004), la Ley N. 11.196/2005, que modificó la Ley de Concesiones Públicas (Ley N. 8.987/1995) para autorizar la utilización del arbitraje, y tantas otras leyes en igual sentido.

La interrupción de la prescripción en materia de arbitraje tampoco era pacífica. El Código Procesal Civil establece que la interrupción de la prescripción ocurre con la notificación fehaciente. ¿En el arbitraje, cómo será? La Ley 9.307/1996 no brindaba respuesta, y la doctrina oscilaba, algunos defendiendo que la interrupción solamente se producía cuando se acepta la designación de los árbitros y la instauración de arbitraje[13].

El artículo 25 de la Ley de Arbitraje también creaba situaciones que daban lugar a inequidades[14], pues las partes podían, con mala fe, introducir controversias con contenido de derechos indisponibles para alcanzar la suspensión del arbitraje hasta la decisión –definitiva– de estas controversias ante el Poder Judicial.

Solamente se presentaron cinco ejemplos prácticos de temas en que la Ley N. 9.307/1996 necesitaba ser mejorada. Sabedor de estas dificultades prácticas que aparecían cotidianamente a los operadores del derecho, el legislador sancionó la Ley N. 13.129/2015 que, según S. Lemes, ha traído modificaciones en tres órdenes,

> "La primera, referida a lo que ya estaba previsto en la jurisprudencia; la segunda es innovadora, porque trae nuevas disposiciones; la tercera es supresora, porque retira una disposición impropia de la ley que es el art. 25, así como adapta las modificaciones en el nuevo texto"[15].

13. Véase, F. J. Cahali, *Curso de Arbitragem*, São Paulo: RT, 2011, p. 221.
14. Art. 25 Sobrevendo en el curso del arbitraje controversia acerca de derechos indisponibles y verificando-sé que de su existencia –o no– dependerá el juzgamiento, el árbitro o el tribunal arbitral remeterá las partes a la autoridad competente del Poder Judiciario, suspendiendo el procedimiento arbitral. Párrafo único. Resulta la cuestión prejudicial y juntada a los autos la sentencia o decreto, tendrá el normal seguimiento el arbitraje.
15. "*Entrevista–Professora* Selma Lemes", Revista de Arbitragem e Mediação, v. 46/2015, p. 447.

Las modificaciones efectuadas por la Ley N. 13.129/2015 serán objeto del título que sigue.

3. La Nueva Ley N. 13.129/2015

El norte seguido por el legislador brasileño en las modificaciones a la Ley de Arbitraje puede ser extraído de la exposición de motivos de la Ley N. 13.129/2015, que dice:

> "Pasados más de 17 años desde su sanción, la Ley de Arbitraje se encontró con un avance significativo de nuevas tecnologías, profundas modificaciones legislativas en el campo procesal y la jurisprudencia que viene pronunciándose favorablemente en torno del instituto, lo que hizo nacer la necesidad de su perfeccionamiento. Además, las experiencias positivas obtenidas con la utilización del arbitraje recomiendan su aplicación a otras formas de relaciones jurídicas, contribuyendo a la reducción de demandas en el Poder Judicial, en cuanto otorga una perspectiva de racionalidad para la jurisdicción estatal, hoy sobrecargada con el abultado volumen de procesos. Al efecto de optimizar la Ley de Arbitraje y ponerla a tono con el escenario internacional, Brasil realizó modificaciones puntuales que no afectaran su estructura normativa principal"[16].

Las modificaciones impulsadas por la Ley N. 13.129/2015 serán explicadas según el orden en que fueron introducidas en la redacción de la Ley de Arbitraje, con su numeración ahora vigente.

En el artículo primero, fueron adicionados dos párrafos con la intención de aclarar cualquier duda acerca de la posibilidad de utilizar la vía arbitral por la Administración Pública. A continuación la nueva redacción del artículo primero:

16. "Lei 13.129, de 26 de maio de 2015: íntegra da Reforma à Lei de Arbitragem, vetos, exposição de motivos, relatório da Comissão de Juristas e pareces da Comissão de Constituição e Justiça", *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 46, 2015, pp. 29-54.

> "Art. 1º Las personas con capacidad de contratar podrán utilizar la vía arbitral para dirimir litigios relativos a derechos patrimoniales disponibles.
> § 1º La administración directa e indirecta podrá valerse de la vía arbitral para dirimir conflictos relativos a derechos disponibles.
> § 2º La autoridad u órgano competente de la administración pública directa para la celebración de la convención de arbitraje es la misma para la realización de acuerdos y transacciones."

Aún acerca de la utilización de la vía arbitral para la solución de litigios con la Administración Pública, fue introducido el párrafo tercero en el artículo segundo, prohibiendo el sigilo y la equidad como forma juzgamiento del conflicto envolviendo el Estado, *in verbis*, "el arbitraje que involucre a la administración pública será siempre de derecho y respetará el principio de publicidad". Ciertamente, las dudas que orbitaban acerca de la materia fueran aclaradas con la nueva redacción de los artículos primero y segundo de la Ley N. 9.307/1996. A mayor abundamiento, en el mismo año de 2015, fue dictado el Decreto N. 8.465/2015, reglamentando los criterios para la realización de arbitrajes que involucren a la Administración Pública brasileña y empresas del sector portuario.

El Poder Legislativo intentó introducir, en los párrafos tercero y cuarto del artículo cuarto de la Ley, la posibilidad de someter a la vía arbitral conflictos del derecho laboral y reglamentar acabadamente la posibilidad de solución de conflictos agregando el derecho del consumidor. Pero la iniciativa no fue exitosa, porque las disposiciones fueron vetadas por el presidente de la república en ejercicio.

Se dio nueva redacción al párrafo cuarto del artículo trece, a fin de evitar que se limite la libertad de las partes a la indicación de las reglamentaciones de los árbitros (dadas en los centros de arbitraje), práctica común en los principales centros brasileños; de acuerdo al texto que sigue,

> "§ 4º Las partes, de común acuerdo, podrán dejar de lado la aplicación de las disposiciones del reglamento del centro arbitral o entidad especializada que limite la designación del árbitro único, o demás árbitros o presidente a la respectiva lista de árbitros, autorizado el control de la designación por los centros competentes, aunque, en los casos de impase o arbitraje *multiparte*, deberá ser observado lo que indique el reglamento aplicable."

En el artículo 19, una pequeña modificación en el escrito del párrafo único, que sufrió nueva numeración y pasó a ser el párrafo primero y, se creó el párrafo segundo, con la indicación –precisa y taxativa– que *in fine* establece: "[…] 2º la institución del arbitraje interrumpe la prescripción, regresando a la fecha del requerimiento de la demanda arbitral […]".

Asimismo se crearon los artículos 22-A y 22-B que representó un cambio ya receptado por la jurisprudencia y doctrina imperantes acerca de las cautelares. Los artículos reglaron la posibilidad expresa para que las partes acudan al Poder Judicial a efectos de obtener medidas cautelares o urgentes antes de la institución de la demanda arbitral, cabiendo al árbitro la posibilidad de derogarlas o modificarlas, los artículos mencionados dicen:

> Art. 22-A. Antes de instituido el arbitraje, las partes podrán solicitar al Poder Judicial la concesión de medida cautelar o de urgencia.
> Párrafo único. Cesa la eficacia de la medida cautelar o de urgencia si la parte interesada no presenta el requerimiento en el plazo de 30 (treinta) días, contado de la fecha de adoptada la decisión.
> Art. 22-B. Instituido el arbitraje, cabrá a los árbitros mantener, modificar o revocar la medida cautelar o de urgencia concedida por el Poder Judicial. Párrafo único. Ya instituido el arbitraje, la medida cautelar o de urgencia será solicitada directamente a los árbitros.

Ante la falta de un mecanismo adecuado en la ley para realizar la comunicación entre el Tribunal Arbitral y el Poder Judicial, fue creada la figura de la *carta arbitral,* según la cual:

> Art. 22-C. El árbitro o el tribunal arbitral podrán expedir carta arbitral para que el órgano jurisdiccional nacional practique o determine el cumplimiento, en el área de su competencia territorial, del acto solicitado por el árbitro. Párrafo único. En el cumplimiento de la carta arbitral será observado el secreto de justicia, desde que sea comprobada la confidencialidad estipulada en el arbitraje.

El artículo veintitrés discurre acerca de la sentencia arbitral. El cambio que merece atención estuvo en la creación de párrafo esclareciendo la posibilidad de los árbitros en dictar sentencias parciales, lo que ya era permitido por algunos reglamentos de los centros arbitrales brasileños y se llevaba a cabo en la práctica.

La Ley N. 13.129/2015 dio nueva redacción al artículo treinta y tres que trata de la nulidad de las sentencias arbitrales. El párrafo primero del artículo terminó con la duda existente acerca del plazo para la anulación de sentencia parcial y final, indicando que son plazos distintos, cada cual con su respectivo término inicial a contar desde la notificación de la parte. El párrafo segundo inauguró la posibilidad de la sentencia judicial que juzgue sobre la procedencia de la acción anulatoria de la sentencia arbitral podrá determinar que el tribunal arbitral profiera nueva sentencia en cambio de la sentencia recurrida. El párrafo cuarto, a su vez, establece la posibilidad de la sentencia, en la acción anulatoria, que permite al árbitro establecer una sentencia complementaria, si la sentencia atacada no decidía sobre todos los pedidos sometidos a su jurisdicción. A continuación los párrafos primero, segundo y cuarto, respectivamente,

> § 1º. La demanda para declaración de nulidad de sentencia arbitral, parcial o final, seguirá las reglas del procedimiento común, previstas en la Ley N. 5.869/1973 (Código de Proceso Civil), y deberá ser propuesta en el plazo de hasta 90 (no-

> venta) días después de recibida la notificación de la respectiva sentencia, parcial o final, o de la decisión del pedido de aclaratoria.
> § 2º. La sentencia que juzgue procedente el pedido declarará la nulidad de la sentencia arbitral, en los casos del art. 32, y determinará, si fuera necesario, que el árbitro dicte una nueva sentencia arbitral. […]
> § 4º. La parte interesada podrá solicitar al Poder Judicial se expida sobre la necesidad de dictar una sentencia complementaria, si el árbitro no decidiese sobre todos los pedidos sometidos al arbitraje.

Finalmente, la Ley N. 13.129/2015 modificó la Ley de Sociedades por Acciones (Ley N. 6.404/1976), con la creación del artículo 136-A,

> Art. 136-A. La aprobación de inserción de la convención de arbitraje en el estatuto social, respetando el *quorum* del artículo 136, obliga a todos los accionistas, asegurando al accionista disidente el derecho de retirarse de la compañía mediante el reembolso del valor de sus acciones, en los términos del artículo 45.
> § 1º La convención solamente tendrá eficacia después de transcurrido el plazo de 30 (treinta) días, contado de la publicación del acta de la asamblea general que la aprobó.
> § 2º El derecho de receso previsto no será aplicable: I – En caso de que la inclusión de la convención en el estatuto social represente condición para que los valores mobiliarios de la emisión de la compañía sean admitidos a la negociación en el seguimiento de lista de bolsa de valores o de *mercado de balcão* organizado que exija dispersión accionaria mínima de 25% de las acciones de cada especie o clase; II – En caso de que la inclusión de la convención de arbitraje sea efectuada en el estatuto social de compañía abierta cuyas acciones sean dotadas de liquidez y dispersión en el mercado, en los términos de los incisos ‘a’ y ‘b’ del inciso II del artículo 137 de esta ley.

Ese cambio fue importante para reglamentar la solución de conflictos en materia societaria, que revelaba grandes discusiones sobre el alcance de la convención de arbitraje a socios no signata-

rios del acuerdo de accionistas o mismo de la posibilidad del socio a retirarse de la sociedad al momento de incluir la cláusula de arbitraje en el estatuto social.

4. Conclusiones

De acuerdo a lo expuesto en el presente trabajo, la Ley N. 13.129/2015 ha traído importantes cambios a la Ley Brasileña de Arbitraje, incentivando y facilitando su uso en conflictos involucrando a la Administración Pública, reglando mejor su posibilidad de utilización en litigios entre socios de sociedades de acciones y solucionando algunos problemas prácticos que la creciente utilización del arbitraje demostró en el país. El nuevo ordenamiento legal se muestra propicio en cuanto al desarrollo del arbitraje ya sea interna o internacionalmente.

Un fallo notable frente al sesgo "suma cero"

*Jorje H. Zalle**

Recibido/Received: 14/01/2016
Aceptado/Accepted: 19/08/2016

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** Antecedentes históricos. **3.** Los argumentos ante la Corte. **4.** La sentencia de la Corte. **5.** Reflexiones.

PALABRAS CLAVES: Guerra del Pacífico, Corte Internacional de Justicia, Organización de las Naciones Unidas, Desenlaces Suma Cero, Resolución de Conflictos

KEYWORDS: War of the Pacific, International Court of Justice, United Nations, Zero-Sum Outcomes, Conflict Resolution

RESUMEN: Este artículo se refiere al fallo emitido por la Corte Internacional de Justicia en 2014 en el diferendo por límites marítimos entre Perú y Chile. Se detallan los antecedentes históricos de la disputa, los argumentos de ambos países frente a la Corte y el fallo de ésta. Luego, se presentan reflexiones sobre la importancia del fallo como evidencia del decrecimiento de un histórico sesgo a favor de desenlaces

* Catedrático Principal de Resolución de Conflictos y Catedrático Adjunto de Relaciones Internacionales en la Universidad San Francisco de Quito. Catedrático Visitante de Resolución de Conflictos en la Universidad de Harvard, 1996-1997. Graduado de las Universidades de Yale y Harvard. Designado en 1997 Miembro Asociado Permanente del Programa para el Análisis y la Resolución de Conflictos Internacionales, PICAR, del Centro de Asuntos Internacionales de la Universidad de Harvard.

J. Zalles, "Un fallo notable frente al sesgo 'suma cero'", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 2015.

"suma cero" en situaciones de conflicto, que refleja cuatro realidades: el llamado "wilsonismo" en las relaciones internacionales; la creciente influencia de la Organización de Naciones Unidas y sus dependencias; la evolución del campo académico de manejo y resolución de conflictos; y el auge mundial de los Medios Alternativos de Solución de Conflictos. Estas cuatro realidades confluyen hacia un cambio de inmensas proporciones en el manejo de conflictos humanos con el cual el fallo de la Corte es totalmente coherente.

ABSTRACT: This article addresses the sentence handed down by the International Court of Justice in January 2014 in the dispute between Peru and Chile over their maritime border. The article details the historical background of the dispute, the arguments presented by both Parties before the Court, and the Court's ruling. A series of reflections then follow regarding the importance of that sentence as evidence of the decline of a historic bias in favor of "zero sum" outcomes to conflicts that reflects four realities: so-called "Wilsonism" in international relations; the growing influence on human affairs of the United Nations; the development of conflict management and resolution as an academic field; and the recent worldwide surge of interest in and application of Alternate Dispute Resolution methods. These four realities converge in the direction of immense changes in the management of human conflicts with which the Court's ruling is entirely coherent.

1. Introducción

El 27 de enero de 2014, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) con sede en La Haya, Países Bajos[1], dictó sentencia en la demanda

1. Según su propio estatuto, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) "fue establecida por la Carta de las Naciones Unidas como órgano judicial principal de las Naciones Unidas". Organización de las Naciones Unidas, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, <http://www.icjcij.org/homepage-/sp/icjstatute.php> (17/11/2015). La Corte Internacional de Justicia constituye la culminación de un proceso histórico de progresiva institucionalización de la justicia internacional. La CIJ es la entidad sucesora de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) creada por la Liga de las Naciones en 1920.

presentada seis años antes, en enero de 2008, por la República del Perú contra la República de Chile para resolver una disputa en relación con la delimitación marítima entre los dos países que involucraba un área del Océano Pacífico de aproximadamente 67 mil kilómetros cuadrados.

La sentencia dictada por la Corte en 2014 merece especial atención de parte de quienes trabajamos en el manejo y la resolución de conflictos por varios motivos.

En el presente artículo se detallan los antecedentes históricos de la disputa y lo esencial de la sentencia de la Corte. Luego, se ofrecen algunas reflexiones sobre el significado y las valiosas implicaciones de dicha sentencia.

2. Antecedentes históricos[2]

La Guerra del Pacífico, una de varias guerras por posesión de territorios y demarcación de límites que se han dado entre países de América Latina, enfrentó a Chile de un lado con Bolivia y Perú del otro entre 1879 y 1883. Se inició por una disputa entre Bolivia y Chile relacionada a la posesión y explotación de ricos campos de salitre, en ese entonces un valioso recurso natural que se utilizaba principalmente como fertilizante, ubicados en la costa boliviana que antes de la Guerra era extensa, como puede verse en la Figura 1, en la página siguiente.

A su vez, la Corte Permanente de Justicia Internacional constituyó un avance sobre la Corte Permanente de Arbitraje establecida por la Conferencia de Paz de La Haya de 1899, que no fue propiamente una Corte sino un panel de juristas internacionales entre cuyos miembros se podían seleccionar árbitros que pudiesen intervenir en casos de disputas internacionales. Véase al respecto International Court of Justice, *The Court's History*, <https://goo.gl/TReOU4> (18/01/2016).

2. Véase A. Arguedas, *Historia General de Bolivia*, Aguilar, México, 1959. Para la perspectiva chilena sobre el conflicto; véase B. Vicuña, *De la campaña de Tarapacá*, Tomos I y II; S, Jover, editor, 1880 y F. Machuca, *Las cuatro campañas de la Guerra del Pacífico*, Valparaíso, Imprenta Victoria, 1928. Para la perspectiva peruana, véase M. Paz Soldán, *Narración histórica de la guerra de Chile contra el Perú y Bolivia*, Buenos Aires, Imprenta y Librería de Mayo, 1884; J. Chávez, *La Guerra del Pacífico y la idea de nación*, Lima, La Casa del Libro Viejo, 2010.

Figura 1
Territorios y fronteras antes y después de la Guerra



Mapa elaborado por el Lic. Edwin Fuentes de la Universidad San Francisco de Quito.
Fuente original: *Memoria del Gobierno del Perú sobre la Controversia Marítima Perú vs. Chile* p. 35.

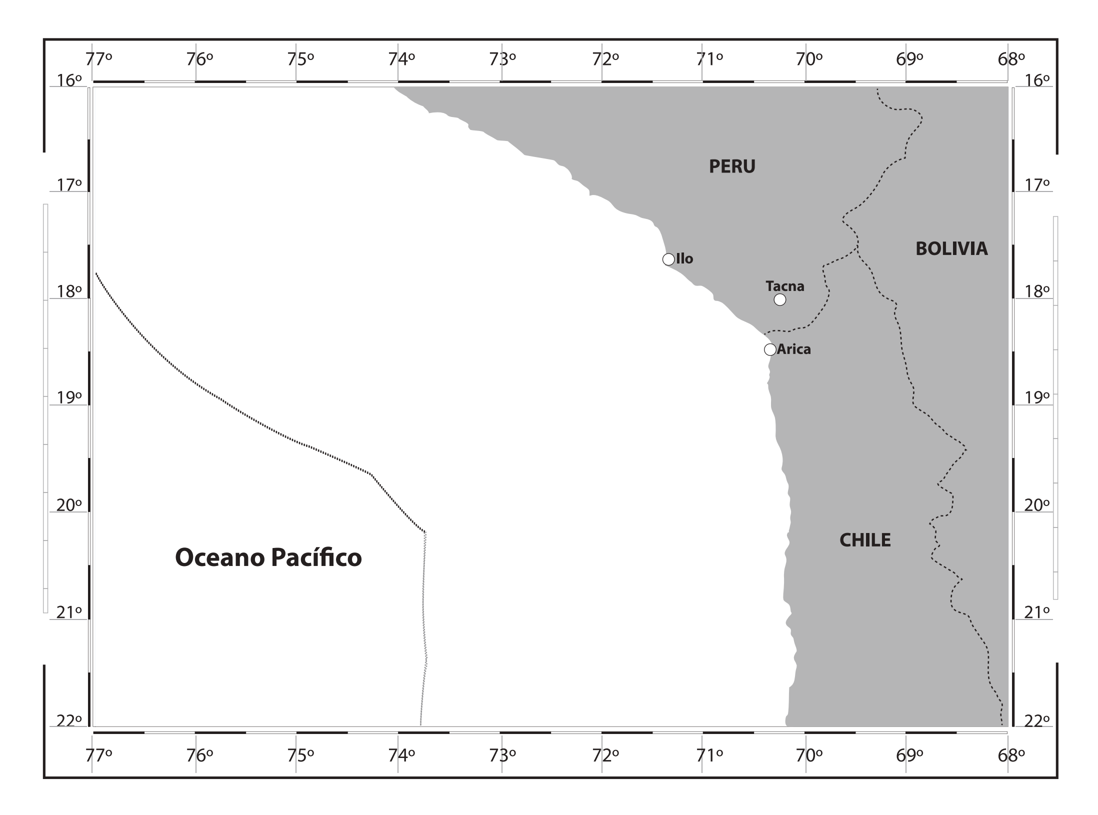
Perú ingresó en la Guerra como aliado de Bolivia en virtud del Tratado de Alianza Defensiva, también conocido como Pacto Secreto, que había sido suscrito entre ambos países en 1873[3]. Luego de que tropas chilenas ingresaran a territorio boliviano en Antofagasta, el 14 de febrero de 1879, las tropas bolivianas se replegaron rápidamente, y en menos de un año habían quedado derrotadas[4]. Chile invadió el Perú y conquistó toda la costa de ese país hasta Lima, que permaneció bajo ocupación chilena durante más de dos años[5].

El 20 de octubre de 1883, se firmó el Tratado de Ancón que puso fin a la guerra entre Perú y Chile, estableciendo un complicado arreglo territorial: Perú cedió la Provincia de Tarapacá a Chile a perpetuidad, y los territorios peruanos de Tacna y Arica quedaron en posesión chilena por 10 años, al término de los cuales un plebiscito determinaría si permanecían definitivamente bajo soberanía chilena, o regresaban a ser territorio peruano[6].

El plebiscito que según el Tratado de Ancón debió celebrarse en 1893 nunca se realizó. Más bien, pasadas más de tres décadas adicionales, el 3 de junio de 1929, Perú y Chile suscribieron el Tratado de Lima que en lo principal estableció que Tacna permanecería como territorio peruano y Arica pasaría a soberanía chilena. La línea de frontera terrestre, como puede verse en la Figura 2, quedó en forma de una "S" cuyo punto más al Sur, a orillas del Océano Pacífico, se ubica en la línea de latitud 18° 21′ 00″[7].

3. El texto completo del Tratado de Alianza Defensiva puede ser visto en <http://www.laguerra-delpacifico.cl/Causas/Alianza.htm> (17/11/2015).
4. Véase M. Vicuña, N. 2, Tomo I.
5. Véase F. Machuca, N. 2 y M. Paz Soldán, N. 2.
6. El texto completo del Tratado de Ancón se encuentra en < https://goo.gl/uaOzY2> (17/11/2015).
7. El texto completo del Tratado de Lima se encuentra en <https://goo.gl/aMJg0o> (17/11/2015).

Figura 2
Demarcación territorial Perú-Chile, Tratado de Lima de 1929



Mapa elaborado por el Lic. Edwin Fuentes de la Universidad San Francisco de Quito.
Fuente original: *Memoria del Gobierno del Perú sobre la Controversia Marítima Perú vs. Chile* p. 45.

Para los efectos de este análisis, es fundamental el hecho que la frontera marítima entre los dos países no fue mencionada, ni en el Tratado de Ancón de 1883 ni en el de Lima de 1929.

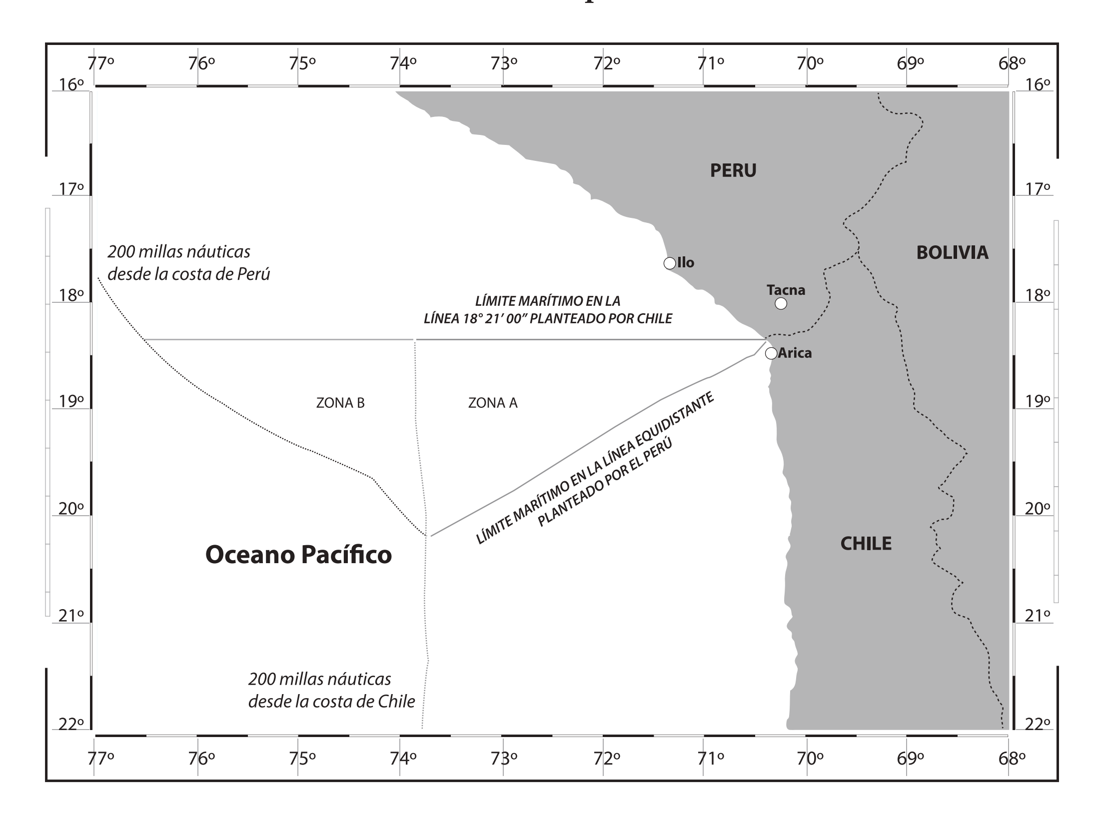
Con el paso del tiempo, Chile comenzó a sustentar la idea de que la frontera marítima era la línea del Paralelo 18, partiendo del punto en que la frontera terrestre toma contacto con el mar. Perú, por su parte, defendió la tesis de que la frontera marítima debería

seguir una prolongación perpendicular a su costa en una línea diagonal en dirección sudoeste[8].

El área en disputa formaba un triángulo relativamente pequeño mientras las aguas territoriales de ambos países se extendían a solo 12 millas frente a las respectivas costas. Sin embargo, a partir de la suscripción por Perú, Chile y Ecuador de la Declaración de Santiago sobre Zona Marítima de 1952[9], y del Convenio de Lima sobre Zona Especial Fronteriza Marítima en 1954[10], que extendieron los límites territoriales a 200 millas náuticas, el área marítima en disputa, con su correspondiente espacio aéreo, se expandió a aproximadamente 39 mil kilómetros cuadrados (la zona "A" en la Figura 3, página siguiente), considerados soberanos por Chile. Adicionalmente, se incorporó a la disputa el denominado "triángulo externo", de otros aproximadamente 28 mil kilómetros cuadrados (la zona "B" en la Figura 3), que Chile consideraba alta mar y el Perú más bien consideraba parte de su mar territorial por la proyección de sus líneas de base[11]. Sumadas las dos extensiones, el área total en disputa era de aproximadamente 67 mil kilómetros cuadrados, que equivalen a más o menos la cuarta parte de la extensión total del Ecuador.

8. Véase A. Arias-Schreiber Pezet, "Delimitación de la frontera marítima entre Perú y Chile", Lima, contextos.org, 2001, <https://goo.gl/TA3C1e> (2/12/2015)
9. El texto completo de la Declaración de Santiago de la Comisión Permanente del Pacífico Sur de fecha 18 de agosto de 1952 se encuentra en <https://goo.gl/HbYw0d> (21/11/2015)
10. El texto complete del Convenio de Lima se encuentra en <https://goo.gl/9Ai6Rd> (21/11/2015)
11. Una muy detallada exposición de lo acá resumido se encuentra en Gobierno de la República del Perú, *Memoria del Gobierno del Perú sobre la Controversia Marítima Perú v. Chile presentada ante la Corte Internacional de Justicia*. Para el presente análisis se ha utilizado la traducción no oficial de dicho documento de fecha 20 de marzo de 2009 cuyo texto completo puede ser visto en <https://goo.gl/xAlM5x> (22/11/2015).

Figura 3
Planteamientos peruano y chileno respecto del límite marítimo a partir de 1954



Mapa elaborado por el Lic. Edwin FUENTES de la Universidad San Francisco de Quito.
Fuente original: *Fallo de la CIJ en la Controversia Marítima Perú vs. Chile* p. 45.

Perú argumentó en algunas ocasiones que la Declaración de Zona Marítima y el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima le concedían las aguas disputadas. A esto Chile respondió con el contra-argumento, eventualmente aceptado por el Perú, que la Declaración y el Convenio no eran tratados de límites, y en consecuencia no definían el asunto.

A mediados de la década de 1980, el Perú inició contactos diplomáticos con Chile en relación con este diferendo. En 1985, el entonces Ministro de Relaciones Exteriores peruano, Allan WAGNER TIZÓN, quien casi tres décadas más tarde sería el Agente de la República del Perú ante la Corte Internacional de Justicia, abordó el tema con el Canciller chileno[12], y el 23 de mayo de 1986 el Perú presentó una nota diplomática en la cual manifestó la necesidad de suscribir un tratado de límite marítimo. Chile respondió que estudiaría el problema[13].

En 1997, Chile ratificó la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR)[14]. En cumplimiento de una de las muchas disposiciones de dicha Convención, el 21 de septiembre de 2000 Chile depositó ante las Naciones Unidas sus cartas náuticas, que mostraban la línea de latitud 18° 21′ 00″ como la frontera marítima entre los dos países[15].

La respuesta peruana no tardó. El 7 de enero de 2001, la República del Perú presentó una nota al Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas que declara que para el Gobierno del Perú "la indicación de la línea 18° 21′ 00″ como límite marítimo entre los dos Estados carece de fundamento legal", habiendo el Perú expresado en mayo de 1986, "su posición oficial al gobierno de Chile sobre la necesidad de proceder a la delimitación formal y definitiva de los espacios marítimos entre los dos países, comunicación que ha sido recientemente reiterada mediante nota de 20 de octubre de 2000"[16].

El tema permaneció inmóvil durante unos años, pero se reactivó cuando el Congreso del Perú aprobó la Ley 28621, promulgada por el Presidente Alejandro Toledo el 3 de noviembre de 2005, que determinó las líneas de base para el dominio marítimo

12. Reportado en el Diario ABC de Madrid del Viernes 15 de noviembre de 1985, Sección Iberoamérica, p. 34.
13. La nota diplomática y la respuesta a la misma por parte del Gobierno de Chile son citadas en la *Memoria del Gobierno del Perú presentada ante la CIJ*, N. 11, p. 15.
14. El texto completo de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar se encuentra en <http://goo.gl/kE1j5m> (28/12/2015).
15. *Memoria del Gobierno del Perú presentada ante la CIJ*, N. 11, pp. 16-17.
16. Ídem, pp. 17, 84, 85.

hasta las 200 millas marinas utilizando, en el área en disputa con Chile, una línea bisectriz, es decir, que la dividía en dos[17]. La Cancillería chilena envió una nota de protesta al gobierno peruano[18].

Durante 2007, los dos países enviaron varias notas al Secretario General de la Organización de Naciones Unidas en las cuales, en general, cada uno expresaba sus discrepancias con disposiciones legales o reglamentarias y con declaraciones emanadas de autoridades del otro país que contradecían las propias tesis en lo relativo al límite marítimo.

Finalmente, ante la cada vez mayor evidencia de que el diferendo permanecía sin solución y pudiera permanecer así indefinidamente, el Gobierno del Presidente Alan García inició el "caso concerniente a la delimitación marítima entre la República del Perú y la República de Chile" ante la Corte Internacional de Justicia el 16 de enero de 2008[19]. Las partes se habían sometido a la jurisdicción de dicha Corte, creada a la fundación de la ONU en 1945, en virtud del Artículo XXXI y siguientes del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas o Pacto de Bogotá suscrito por ambas el 30 de abril de 1948[20].

3. Los argumentos ante la Corte

El principal planteamiento del Perú fue que se trazase el límite marítimo mediante una llamada "línea equidistante" cuyos puntos se situarían a igual distancia de los puntos más cercanos en el uno y en el otro país, incluidos puntos sobre las líneas de base rectas a partir de las cuales se mide el ancho del mar territorial de cada país. La Memoria presentada por la República del Perú pide que la delimitación siga una línea equidistante de las líneas de base rectas de ambas partes hasta 200 millas marinas a

17. El texto completo de la Ley 28621 se encuentra en <http://goo.gl/bHf8F8> (22/11/2015).
18. *Memoria del Gobierno del Perú presentada ante la CIJ*, N. 11, pp. 81-82.
19. El anuncio del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú de la presentación de la demanda se encuentra en <http://goo.gl/QxwoIm> (27/11/2015).
20. El texto del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas o Pacto de Bogotá se encuentra en <http://-www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-42.html> (27/11/2015).

partir de dichas líneas de base, y que más allá del punto donde termine la frontera marítima común (es decir, en el llamado "triángulo externo" o zona "B" de la Figura 3), el Perú adquiera derechos soberanos sobre el área marítima hasta 200 millas marinas desde sus líneas de base rectas[21].

En su contra-memoria, la República de Chile solicitó a la Corte que desestimase en su totalidad los planteamientos del Perú, y que declarase que los derechos sobre las respectivas zonas marítimas habían sido íntegramente delimitadas por acuerdo, que tales derechos estaban delimitados en la latitud 18° 21′ 00, y que el Perú carece de todo derecho sobre zona marítima alguna que se extienda al sur de dicho paralelo[22].

4. El fallo de la Corte

El 27 de enero de 2014, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo en el caso[23]. Como puede verse en la Figura 4, en la página siguiente, el fallo establece que el límite marítimo entre Chile y Perú se inicia en el punto en que cruza la costa la línea del paralelo en el que está ubicado el Hito No. 1 de la frontera terrestre (que corresponde a la latitud 18° 21′ 08″ S) y se extiende por dicho paralelo, según una delimitación marítima efectuada por las partes, 80 millas marinas en dirección oeste[24] hasta un Punto A.

21. *Memoria del Gobierno del Perú presentada ante la CIJ*, N. 11, Capítulo III, pp. 67-76.
22. Gobierno de la República de Chile, *Contra-memoria del Gobierno de Chile presentada a la Corte Internacional de Justicia en el caso de delimitación marítima Perú v. Chile,* 9 de marzo de 2010, pp. 9-10. El texto completo de la contra-memoria chilena se encuentra en <http://2010-2014.-gob.cl/media/2012/11/Contramemoria-en-español-Volumen-I-completo.pdf> (27/11/2015).
23. Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, Fondo Editorial del Congreso del Perú, *Delimitación Marítima entre el Perú y Chile ante la Corte Internacional de Justicia*, Tomo IV, *El Fallo de la Corte Internacional de Justicia*. El texto completo de esta traducción no oficial del fallo se encuentra en <https://goo.gl/OVhgL5> (05/12/2015).
24. *El Fallo de la Corte Internacional de Justicia,* N. 23, p. 117.

Figura 4
Los límites marítimos establecidos por la Corte

Mapa elaborado por el Lic. Edwin FUENTES de la Universidad San Francisco de Quito.
Fuente original: *Fallo de la CIJ en la Controversia Marítima Perú vs. Chile* p. 121.

A partir de ese punto A, el límite sigue la línea equidistante entre las dos costas en dirección sudoeste, hasta un Punto B que es "el límite de las 200 millas marinas medidas desde las líneas bases de Chile"[25]. A partir de ese punto B, el límite toma rumbo hacia el sur, a lo largo del límite de las 200 millas chilenas, hasta el punto C, donde se cruzan los límites de las 200 millas marinas de ambos países[26], más allá del cual "las proyecciones de 200 millas marinas de las costas de las Partes ya no se superponen"[27].

25. Ídem, p. 120.
26. Ídem, p. 124.
27. Ídem, p. 121.

De los aproximadamente 39 mil kilómetros cuadrados que Chile consideraba soberanos (la zona "A" en la Figura 3), la Corte adjudicó aproximadamente 17 mil a Chile y 22 mil al Perú. La Corte además confirmó el derecho del Perú a considerar como suyos los aproximadamente 28 mil kilómetros cuadrados del denominado "triángulo externo" (la zona "B" en la Figura 3), que Chile consideraba alta mar y que el Perú más bien consideraba parte de su mar territorial por la proyección de sus líneas de base.

No hubo ni un claro ganador ni un claro perdedor. Puede razonablemente afirmarse que el fallo de la Corte concilió los intereses de las partes y los argumentos mediante los cuales defendieron esos intereses.

5. Reflexiones

El fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso de la disputa de límites marítimos entre Perú y Chile merece atención, en especial de parte de quienes trabajamos en el campo del manejo y la resolución de conflictos, por dos motivos principales.

Primero, por el simple y hasta obvio, pero muy importante hecho que una vez más, como ocurrió en 1998 con la firma de la paz entre Ecuador y Perú, dos países latinoamericanos lograron resolver un antiguo diferendo de límites, en este caso marítimos y no territoriales, sin recurso a la guerra. Se llegaron a oír leves ecos de tambores marciales de un lado y del otro de la frontera común[28], y un año después de emitido el fallo de la Corte, existe un impasse entre los dos países respecto de la ubicación exacta del Hito No. 1 donde se inicia la frontera terrestre a orillas del mar, por el cual está en entredicho un área de terreno de poco más de tres hectáreas. No obstante, en la disputa marítima pri-

28. Por ejemplo, un artículo publicado en "Diario 16" de Lima el 6 de agosto de 2012 titulado "Chile provocaría un incidente armado contra Perú": <http://goo.gl/TDgBaQ> (28/12/2015), que dice, en parte: "La hipótesis de un conflicto con el Perú prevalece en el pensamiento estratégico chileno y en la preparación de sus fuerzas armadas. Por eso es que Chile ha recurrido en estos años al espionaje y convertido el proceso de La Haya en un imparable ejercicio de disuasión al Perú."

maron al final, en ambos países, la serenidad, el equilibrio y la voluntad de buscar una resolución pacífica.

Siendo muy valioso lo anterior, el fallo que es analizado en este artículo merece aún más atención porque ayuda a comprender, en toda su esencial dimensión, la transición iniciada hace un siglo

> *del* tradicional dominio que ejerce el denominado "paradigma suma cero" sobre las actitudes humanas frente al conflicto
> *hacia* una cada vez mayor presencia, en circunstancias en las que sea apropiado, de una visión alternativa que podemos denominar "suma positiva".

A diferencia de la vasta mayoría de sentencias judiciales y laudos arbitrales en derecho que se dictan a diario en todo el mundo, el fallo de la Corte, como ya se ha señalado, no produjo un ganador y un perdedor: al contrario, el fallo satisfizo en razonable grado las aspiraciones y los argumentos de ambas partes. Ninguna de las dos obtuvo el cien por ciento de lo que aspiraba obtener, pero es válido describir el desenlace como satisfactorio para ambas partes.

Ésta no es una experiencia frecuente. Por motivos que vienen ejerciendo sus influencias desde los más remotos orígenes de nuestra especie, los humanos hemos desarrollado una marcada tendencia a abordar nuestros conflictos con la intención general de *ganarlos*. Solo ocasionalmente, movidos en la mayoría de esos casos excepcionales por amor, afecto o amistad, y a veces también por miedo, tendemos a buscar la conciliación de las aspiraciones, necesidades e intereses de las partes.

En los términos de la Teoría de los Juegos propuesta originalmente por los matemáticos germano-norteamericanos von Neumann y Morgenstern[29] adoptados ampliamente por la teoría

29. J. Von Neumann y O. Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behavior,* Princeton, Princeton University Press, 1944.

social contemporánea, describimos la intención más frecuente como la de lograr un desenlace

Gana, Pierde

y la intención excepcional, al contrario, como la de lograr un desenlace

Gana, Gana

que para muchos de nosotros es el único que puede propiamente ser descrito como aquel que resuelve un conflicto.

El desenlace Gana, Pierde (o Pierde, Gana según el lado del cual se mire) es descrito comúnmente como un desenlace suma cero bajo la simple premisa matemática de que lo que gana una de las partes (llámese A) es lo que pierde la otra (llámese B), y que sumados los resultados para ambas partes, se obtiene un resultado agregado de cero:

A gana	+ 10
B pierde	- 10
Suma	0

Bajo la misma lógica, un desenlace Gana, Gana puede ser descrito como suma positiva, pues lo que gana la parte A se suma a lo que gana la parte B, dando un resultado agregado positivo:

A gana	+ 10
B gana	+ 10
Suma	+ 20

A través de la historia, las sociedades humanas han desarrollado diversas instituciones para el tratamiento de conflictos entre sus miembros. En muchas sociedades y épocas, entre las varias

funciones del rey estaba la de juez, y la historia da cuenta, durante milenios, de diversos tipos de justicias, jueces, consejos de ancianos, consejos de la tribu, tribunales, juzgados y otros medios para intervenir en situaciones de conflicto entre miembros de la comunidad.

Esas diversas instituciones diseñadas para minimizar las consecuencias sociales negativas de los conflictos han mostrado una marcada tendencia histórica a privilegiar desenlaces Gana, Pierde por sobre resoluciones Gana, Gana. Y en paralelo, la intención de las partes que han acudido a la justicia del rey, de los ancianos, de tribunales o de juzgados ha sido, casi siempre, la de *ganar* la disputa o el juicio.

En muchos casos, es totalmente razonable que una de las partes gane y la otra pierda una disputa. La transgresión de la ley, la vulneración por una de las partes de los derechos de la otra, el incumplimiento por una de las partes de un acuerdo son situaciones en las cuales la razón asiste a una de las partes y no a la otra, y en las que, en consecuencia, el fallo judicial o el laudo arbitral que busca zanjar el conflicto debe declarar ganadora a la una y perdedora a la otra.

Sin embargo, han existido en el pasado y existen actualmente muchísimas situaciones en las que hay legítimas razones y/o legítimos derechos *de lado y lado*. Si el peso de la evidencia sugiriese que la tendencia general en esas situaciones ha sido buscar desenlaces Gana, Gana, como correspondería, el tema no merecería la atención que se le presta en este artículo. Pero el peso de la evidencia sugiere lo contrario: aun cuando son razonables las aspiraciones y legítimos los derechos de ambas partes, lo más frecuente es que cada parte quiera *ganar* el conflicto, sin reconocer las aspiraciones y los derechos que pudieran asistir a la otra. Y cuando la disputa ha sido llevada a un tribunal judicial o arbitral, puede estar también presente ese sesgo *suma cero* en las mentes de jueces o de árbitros que les incline hacia la determinación de cuál de las partes tiene la razón, o tiene más razón.

Es en el contexto de ese milenario sesgo hacia desenlaces *suma cero* que resulta especialmente interesante e importante el fallo de la CIJ en el diferendo Perú-Chile. En virtud de que el fallo es contrario a dicho sesgo, adquiere importancia como evidencia y símbolo de un conjunto de realidades fundamentales que en el transcurso del último siglo han comenzado a influir de manera crucial en la transición paradigmática del dominio del paradigma *suma cero* hacia un mayor equilibrio en contra del sesgo y una mayor apertura hacia el paradigma *suma positiva* cuando ésta refleja el desenlace más apropiado.

La primera de estas recientes realidades es la introducción de un nuevo enfoque al orden internacional que fue propuesto por Woodrow Wilson, presidente de los Estados Unidos de 1912 a 1920.

Los conceptos que habían regido el orden internacional durante varios siglos, hasta e inclusive el XIX, incluían la búsqueda de satisfacción del interés nacional de cualquier manera y a cualquier costo, especialmente para el "Otro"; el equilibrio del poder; y la siniestra idea de que los estados no tenían por qué someterse a principios morales. Al contrario, antes de y durante la Primera Guerra Mundial, Wilson planteó el establecimiento de un orden internacional basado en la solución pacífica de las disputas, la seguridad colectiva, la democracia universal, el establecimiento de códigos de derecho internacional, y la sujeción de los estados a los mismos principios morales a los cuales debe sujetarse todo ciudadano común[30]. En el mundo de las relaciones internacionales, este planteamiento ha venido a ser descrito como el "wilsonismo"[31].

Sería falso y hasta iluso afirmar que ha desaparecido el llamado "realismo"[32], que considera apropiados y naturales los viejos esquemas del ejercicio y el equilibrio del poder para los cuales el concepto mismo del derecho internacional es absurdo[33]. En las

30. Véase H. Kissinger, *La Diplomacia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, Capítulo II, "El giro: Theodore Roosevelt o Woodrow Wilson", pp. 23-50.
31. Ídem, pp. 27 y ss.
32. Véase H. Morgenthau, *Politics Among Nations*, *The Struggle for Power and Peace*, New York; A. Knof, 1965, para muchos el más lúcido exponente del realismo.

décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, especialmente en el contexto de la Guerra Fría, pero también en otros contextos geopolíticos, se han dado crisis y confrontaciones en Afganistán, Angola, Berlín, Camboya, Checoslovaquia, Chile, Congo, Corea, Cuba, Guatemala, Egipto, El Salvador, Irán, Irak, Irlanda, Israel, Líbano, Liberia, Libia, Polonia, Ruanda, Siria, Sudán, Uganda, Vietnam, en las que las potencias que dominaban el mundo bipolar se enfrentaron directa o indirectamente, o esos u otros países actuaron en desnuda defensa de lo que percibían como sus intereses nacionales, al más puro y viejo estilo de la histórica *realpolitik.* El mismo 2014, año en que la Corte emitió el fallo que este artículo analiza, la Rusia de Vladimir Putin anexó Crimea, violando la soberanía de Ucrania no impunemente, pero sí exitosamente.

Sin embargo, por mucho que aún sobreviven en nuestros tiempos los viejos esquemas impositivos, imperiales e irrespetuosos de pueblos, territorios y libertades, el cuestionamiento de aquellos esquemas que planteó Woodrow Wilson ha ejercido y continúa ejerciendo, desde hace un siglo, una poderosa influencia en la humanidad. Una clara manifestación de ese nuevo espíritu, distinto al tradicional en el que al perdedor de una guerra se le humillaba y se le imponían gravosas reparaciones[34], fue el programa de reconstrucción de Europa Occidental conocido como el Plan Marshall a través del cual los Estados Unidos invirtieron enormes sumas de dinero para poner nuevamente en funcionamiento a las sociedades europeas, incluidas las "enemigas", Alemania e Italia, que habían sido devastadas por la Segunda Guerra Mundial[35].

33. Kissinger, N. 30, p. 34. El primer y más decidido opositor del "wilsonismo" fue el contemporáneo de Wilson, Theodore Roosevelt, quien fue presidente de los Estados Unidos de 1900 a 1908. De él dice Kissinger: "A Roosevelt le impacientaban muchas de las piadosas ideas que dominaban el pensamiento norteamericano sobre política exterior. Negó la eficacia del derecho internacional. Pensaba que lo que una nación no pudiera proteger con sus propias fuerzas no sería salvaguardado por la comunidad internacional".
34. Este fue el caso con Alemania al término de la Primera Guerra Mundial.
35. Formalmente el "Plan para la recuperación europea" (*European Recovery Program* o *ERP*), vino a ser conocido como el "Plan Marshall¨ en honor a su principal arquitecto, el Secretario de Estado de los Estados Unidos G. Marshall, quien lo propuso en una conferencia magistral en la Universidad de Harvard en junio de 1947. Puesto en marcha en marzo de 1948, el Plan consistió en la inversión de más de 12 mil millones de dólares de ese entonces (equivalentes a más de 130 mil millones de dólares de 2015) en la reconstrucción de las economías de Europa Occidental. U.S. Department of State, Office of the Historian, *The Marshall Plan*. <https://goo.gl/JK7QxA> (28/12/2015).

Otro importante ejemplo puede verse en el hecho que, luego de la Segunda Guerra Mundial, se independizaron la mayoría de los territorios que aún eran mantenidos bajo regímenes coloniales europeos. Al finalizar la guerra, en 1945, más de 750 millones de seres humanos, casi un tercio de la población mundial de ese entonces, vivía bajo dominio colonial. Ese número ha bajado a menos de 2 millones en 2015[36]. Y es notable el hecho que en muchos casos, aunque lamentablemente no en todos, el proceso de descolonización se dio sin que hubiesen mediado guerras de independencia ni procesos de intensa violencia[37].

La segunda de las realidades contemporáneas que constituyen parte esencial de la transición paradigmática que va reduciendo el sesgo *suma cero* es la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

La ONU es producto, en sustancial grado, del "wilsonismo". Su historia, ampliamente conocida, se origina en la Liga o Sociedad de las Naciones[38], idea predilecta del propio Woodrow Wilson quien propuso su creación en enero de 1918, y en la concreción de la cual se empeñó en la Conferencia de Versalles que puso fin a la Primera Guerra Mundial. No obstante los esfuerzos de Wilson, el Congreso de los Estados Unidos se negó en 1920 a ratificar el Tratado de Versalles, incluida la Carta de la Liga o Sociedad, y en consecuencia los Estados Unidos nunca fueron miembros de la misma[39]. Aunque tuvo algunos éxitos menores en sus intervenciones en ciertos conflictos locales y regionales[40],

36. ONU, en <www.un.org/en/decolonization/history.shtml> (04/01/2015).
37. El caso más exitoso en esto es el del Reino Unido. Los siguientes territorios que eran gobernados desde Londres al terminar la Segunda Guerra Mundial lograron su independencia entre 1957 y 1981, en casi todos los casos a base de negociaciones y acuerdos amistosos: Aden, (ahora Yemen del Sur) Antigua (ahora Antigua y Barbuda), Bahamas, Barbados, Basutoland (ahora Lesotho), Bechuanaland (ahora Botsuana), Camerún, Gambia, Guyana Británica (ahora Guyana), Honduras Británica (ahora Belize), Brunei, Chipre, Fiji, Gambia, Islas Gilbert (ahora Kiribati), Costa de Oro (ahora Ghana), Hong Kong, Jamaica, Kenia, Unión Malaya (ahora Malasia), Malta, Mauritius, Nigeria, Nyasaland (ahora Malawi) Rodesia del Norte (ahora Zambia), Rodesia del Sur (ahora Zimbabue), Seychelles, Sierra Leone, Singapur, Somalia, St Kitts y Nevis, Swaziland, Trinidad y Tobago, Uganda, Tanganyka y Zanzibar (ahora Tanzania). Fuente: <http://www.un.org/en/decolonization/nonselfgov.shtml> (04/01/2016).
38. En inglés *League of Nations* abreviada como LN, y en francés *Societé des Nations* abreviada como SDN.
39. Véase F. Boemeke, G. Feldman y E.Glaser, (Eds.) *The Treaty of Versailles: A Reassessment after 75 Years*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

la Liga o Sociedad fue ineficaz ante las turbulencias que surgieron en Europa durante la década de 1930, en gran parte producto de las condiciones que los vencedores de la Primera Guerra habían impuesto a Alemania en el propio Tratado de Versalles, que culminaron en la Segunda Guerra Mundial a partir de 1939. Pero las lecciones de Versalles fueron aprendidas, y la experiencia de la Segunda Guerra demostró la importancia de una organización mundial dedicada a la resolución pacífica de disputas internacionales. Con el decidido apoyo de los dos principales líderes de la alianza occidental, Franklin D. Roosevelt (el otro presidente Roosevelt) y Winston Churchill, primer ministro británico, la Organización de Naciones Unidas fue fundada con la aprobación de su Carta por los representantes de 50 países en San Francisco, California, el 24 de octubre de 1945[41].

La primera evidencia de la importancia histórica de la ONU en los asuntos mundiales la constituye el proceso de descolonización, descrito más arriba como evidencia de la influencia del "wilsonismo". En virtud de dicho proceso de descolonización, la estructura política de todo el planeta cambió radicalmente, terminando para todo efecto práctico con la centenaria lacra del colonialismo europeo. De no haber existido la ONU, dicho proceso jamás habría tenido lugar: fue por decisión de su Asamblea General que se instituyeron, primero, el objetivo político de llevarlo a cabo, y segundo, los mecanismos institucionales necesarios para su implementación, de los cuales el más importante fue el Consejo de Administración Fiduciaria (en inglés *Trusteeship Council)*[42].

La Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR) aprobada en 1982, ya mencionada más arriba en este artículo, es otra clara evidencia del rol crucial que la ONU viene cumpliendo en el desarrollo de las sociedades humanas. La Convención regula temas tan variados como el paso inocente por el mar territorial, los estrechos utilizados para la navegación internacional, los derechos de pesca tradicionales, cables submari-

40. Ibídem.
41. United Nations (UN). *History of the United Nations*, <http://goo.gl/ER7n90> (05/01/2016).
42. Véase <http://goo.gl/NwCbH5> (05/01/2016).

nos, las actividades de investigación y estudio, la conservación y utilización de los recursos vivos, las perforaciones en la plataforma continental, etc.[43]. Según un reconocido biólogo y conservacionista, el mayor significado de la Convención se encuentra en la Parte V referida a la Zona Económica Exclusiva (ZEE). En ella, por primera vez en la historia humana, y como resultado de un enorme esfuerzo mancomunado, se ha definido por exclusión (se define "lo mío", *ergo*, se define "lo nuestro") un patrimonio común –los océanos y mares del planeta– que debe ser manejado responsablemente entre todos nosotros los humanos, más allá de intereses nacionales o grupales. La definición de ese patrimonio común y la toma de conciencia de nuestra responsabilidad compartida por su manejo y conservación "constituyen pasos gigantescos en dirección a la verdadera gobernabilidad mundial"[44].

Similar importancia, por similares motivos, tiene la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático acordada en Río de Janeiro en 1992 que entró en vigencia en 1994[45]. La Vigésima Primera Reunión de las Partes (*Twenty-First Conference of the Parties* o *COP21*) que concluyó en París en diciembre de 2015 llegó a un histórico acuerdo entre 195 países –virtualmente todo el mundo– para establecer límites a la emisión de gases con efecto de invernadero y, en consecuencia, reducir el progresivo calentamiento global[46].

Éste último es solo uno de varios problemas relacionados al medioambiente ante los cuales se requiere acción concertada. Según dos expertos mundiales en el tema:

> No solo han crecido el número y el alcance de problemas ambientales que trascienden fronteras, sino que ha surgido una nueva categoría de asuntos ambientales globales; este carácter global es la característica más distintiva de la era actual. Primero, y más obviamente, la humanidad ahora enfrenta una

43. Véase <http://goo.gl/dZbsxD> (28/12/2015).
44. Conversación privada con J. Zalles.
45. El texto completo de la Convención aprobada en 1992 se encuentra en <https://goo.gl/ffg2Ab> (28/12/2015).
46. El texto completo de la resolución de la COP21 se encuentra en <http://goo.gl/S2kzoG> (28/12/2015).

amplia gama de problemas ambientales que son globales en el sentido de que afectan a todos y solo pueden ser manejados con efectividad a base de cooperación entre todos, o al menos un muy alto porcentaje de los estados en el mundo: el control del cambio climático y la emisión de gases con efecto de invernadero, la protección de la capa de ozono, la defensa de la biodiversidad, la protección de regiones especiales como la Antártida y la Amazonía, el manejo de los lechos marinos, y la protección de los mares están entre los principales ejemplos.

Segundo, la creciente escala de muchos problemas ambientales originalmente regionales o locales tales como la degradación urbana extensa, la deforestación, la desertificación, la salinización, la denudación, o la escasez de agua dulce y de madera utilizable como combustible ahora nos amenazan con mayores repercusiones internacionales porque generan o exacerban tensiones y conflictos intra- o inter-estatales y porque estimulan crecientes flujos de refugiados. La degeneración ambiental en diversas partes del mundo en desarrollo, e incluso del mundo industrializado, puede de esta manera llegar a afectar los intereses políticos y de seguridad de los países desarrollados.

El tercer, y en muchos sentidos más importante aspecto de la creciente globalización deriva de la compleja pero cercana relación entre la generación de problemas ambientales y el funcionamiento de la economía mundial que está, efectivamente, globalizada. De un lado existen los problemas ambientales causados por la opulencia de los países industrializados. […] Del otro, existe el ampliamente reconocido vínculo entre degradación ambiental, presión poblacional y pobreza. […] El desarrollo sustentable se ha vuelto un tema global tanto por los altos niveles de interdependencia económica que existen en muchas partes de la economía global, como por el hecho que plantea cuestiones fundamentales respecto de la distribución de la riqueza, el poder y los recursos entre el Norte y el Sur.[47]

47. A. Hurrell., B. Kingsbury, "The International Politics of the Environment: An Introduction" en A. Hurrell and B. Kingsbury (Eds.), *The International Politics of the Environment*, Oxford, Oxford University Press, 1992, pp. 2-3. Traducido del original en inglés por el autor de este artículo.

Las Naciones Unidas actúan de manera constructiva frente a todos estos problemas globales, y a otros no mencionados por los autores del texto citado, incluidos la salud, la violencia contra las mujeres, la educación, los riesgos de la energía nuclear y el terrorismo, ninguno de los cuales podrá ser enfrentado adecuadamente sino a base de decidida acción conjunta de toda la humanidad.

La tercera de las importantes realidades detrás de la transición paradigmática que pone en evidencia el fallo de la Corte en el diferendo marítimo Perú-Chile es el desarrollo, a partir de la década de l980, de los marcos teóricos, conceptuales y metodológicos que configuran el campo académico del manejo y la resolución de conflictos.

Uno de los grandes pensadores en este campo, el norteamericano John Paul LEDERACH ha escrito que cuando a principios de la década de 1970 quiso realizar estudios universitarios en resolución de conflictos y construcción de la paz, no encontró ninguna universidad que ofreciera un grado académico en esas áreas; pero que hoy en día, aproximadamente 40 años más tarde, eso ha cambiado radicalmente y podemos en consecuencia afirmar que el campo, como especialidad académica, ya se encuentra en su infancia[48].

Otra de las figuras más distinguidas de este campo académico, el profesor emérito de la Universidad de Harvard Herbert C. KELMAN, atribuye una decisiva influencia a favor del desarrollo del campo al enorme susto que provocó en toda la humanidad, en octubre de 1962, la crisis de los misiles soviéticos en Cuba[49]. Constituye razonable evidencia a favor de la afirmación del Prof. KELMAN el título de un libro publicado en 1984 con prólogo del propio Prof. KELMAN a cuyas páginas contribuyeron muchos de

48. J. LEDERACH, "Five Qualities of Practice in Support of Reconciliation Processes", en R. HELMICK., PETERSEN, y L. RODNEY, (Eds.), *Forgiveness and Reconciliation*, Templeton Foundation Press, Radnor, Pennsylvania, 2001, pp. 183-193.
49. Conversación privada con el Prof. KELMAN. Acerca de la crisis de los misiles, véase R. KENNEDY and A. SCHLESINGER, *Thirteen Days, A Memoir of the Cuban Missile Crisis*, New York, W.W. Norton & Company, 1969.

los más significativos fundadores de esta disciplina académica, principalmente sicólogos y sicólogos sociales, unidos en el esfuerzo por la angustiante perspectiva de que la humanidad no fuese capaz de algo mejor que simplemente poner fin su paso por el planeta en un masivo holocausto nuclear[50].

El interés en esta disciplina de parte de las comunidades académicas del mundo ha crecido enormemente desde la década de 1980. Frente a la experiencia del joven John Paul Lederach alrededor de 1970, el autor de este artículo realizó una investigación en 2007 que reveló que en ese momento más de 280 universidades en el mundo angloparlante (Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda) ofrecían grados académicos a nivel de pregrado, y más de 80 a nivel de posgrado, en manejo y resolución de conflictos y/o en estudios de paz. Existen además facultades de gran renombre internacional en este campo en los Países Bajos, Suecia, Noruega, Alemania, Francia y varios otros países del mundo. También existe amplia evidencia del interés que el campo en general, y en especial la negociación, despiertan en las sociedades civiles de todo el mundo. Una de esas evidencias es la masiva afluencia de personas de todos los países y continentes al mundialmente reputado Programa de Negociación de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard[51].

La importancia del nacimiento y del enorme desarrollo de este campo académico en las últimas décadas no puede ser exagerada. La sistemática comprensión de las complejas dinámicas sicológicas y socio-sicológicas del conflicto en sí, de su escalamiento y de la tendencia de éste a volverse crecientemente irreversible; y la formulación y aplicación de métodos para la

50. R. White, (Ed.) *Psychology and the Prevention of Nuclear War*, New York, New York University Press, 1984. Entre los prominentes fundadores del campo que escribieron capítulos en el libro se encuentran, en orden alfabético de apellidos: Morton Deutsch, Emitai Etzioni, Jerome D. Frank, Roger Fisher, Ole R. Holsti, Robert Jervis, Herbert C. Kelman, Richard Ned Lebow, Dean G. Pruitt, Richard Smoke, Jeffrey C. Rubin, Arnold Schmookler, Philip E. Tetlock, Robert C. Tucker, William Ury, Ralph K. White.

51. *The Program on Negotition (PON) at Harvard Law School*, cuyos fundadores fueron los Profesores Roger Fisher y William Ury, autores de la teoría de la Negociación por Principios presentada en su clásico libro *Getting to Yes*, New York, Basic Books, 1981, traducido al español como *Sí ¡de acuerdo!*, Bogotá, Editorial NORMA, 1993.

reversión del escalamiento, la resolución negociada y la reconciliación entre partes en conflicto han contribuido, sin duda, a aminorar las consecuencias destructivas de un sinnúmero de conflictos de mayor o menor envergadura en todo el mundo en las últimas décadas. Ejemplos emblemáticos de cómo la aplicación de estos marcos teóricos ha influido para bien en las vidas de millones incluyen los casos de Sudáfrica, Irlanda del Norte, las guerras de insurgencia en América Central, el caso Ecuador-Perú y, para no olvidarlo, el diferendo marítimo Perú-Chile materia de este artículo.

La cuarta realidad contemporánea estrechamente vinculada a la transición hacia un menor sesgo *suma cero*, y última que se mencionará en este artículo, es el desarrollo y la dispersión por todo el mundo en las últimas décadas de los denominados "Medios Alternativos de Solución de Controversias" o MASC. Una de sus instancias, el arbitraje en derecho, es en general coherente con la larga tradición contenciosa descrita al inicio de estas reflexiones, que tiende hacia desenlaces suma cero o Gana, Pierde. Pero las otras tres instancias de los MASC –la negociación directa entre las partes, la mediación y el arbitraje en equidad– más bien pueden orientarse, y con frecuencia en efecto se orientan, hacia desenlaces suma positiva o Gana, Gana.

La mediación y el arbitraje no se inventaron en décadas recientes. Existe evidencia de su existencia en Gran Bretaña desde la época normanda (siglo 12 de la era cristiana), y en tiempos modernos ciertas leyes británicas y norteamericanas han contemplado estas posibles maneras de manejo de disputas en contextos específicos, incluidos el laboral y el de la propiedad intelectual, desde el siglo 18[52]. Es, sin embargo, en el Siglo 20 que los MASC se han difundido muy ampliamente en todas partes del mundo. En América Latina ese proceso se dio fundamentalmente a partir de la década de 1990[53].

52. Véase M. McManus y B. Silverstein, *A Brief History of Alternate Dispute Resolution*, Cadmus Magazine, November 2011, <http://cadmusjournal.org/node/98> (07/01/2016).
53. G. Álvarez., E. Highton y E. Jassan, *Mediación y Justicia*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1996, pp. 49-85.

Los MASC son importantes, como es evidente, por el simple hecho de proveer avenidas *alternativas*, distintas de las oficiales, para procesar situaciones de conflicto que permiten ese procesamiento con mayor celeridad, eficiencia y privacidad y, en países en los cuales existe corrupción en el sistema judicial, también con mucho menor riesgo, además, de que la misma incida en y/o impida el desenlace adecuado de un conflicto.

Adicionalmente, los MASC han traído consigo otros dos importantes beneficios sociales. Primero, han ayudado a difundir ampliamente y brindar creciente credibilidad a la idea de la *resolución*, entendida como un desenlace mutuamente satisfactorio o Gana, Gana, que en las mentes de muchas personas no es o no era una posibilidad intuitivamente obvia. Un complejo conjunto de realidades dominantes en la mayoría de sociedades humanas ha llevado, históricamente, a que muchísimas personas entiendan la vida en términos *suma cero* y piensen que los desenlaces Gana, Pierde o Pierde, Gana son los únicos posibles[54]. Al difundir ampliamente la idea misma de una posible resolución Gana, Gana, los medios alternativos vienen ejerciendo una influencia enormemente constructiva en las vidas de millones de seres humanos.

Segundo, y estrechamente vinculado, los MASC también han ayudado a difundir la idea de que los conflictos humanos y, más aún, los destructivos potenciales de su escalamiento no deben simplemente ser aceptados con resignación como inevitables. Es muy esperanzador, en todos los ámbitos de la vida, el hecho que en el mundo contemporáneo existen ideas e instituciones que permiten buscar soluciones y resoluciones, transformar conflictos en oportunidades para satisfacer necesidades humanas y, en la máxima expresión de los MASC, establecer o restablecer relaciones mutuamente constructivas entre personas o grupos que estuvieron en conflicto en algún momento a través de procesos de reconciliación.

54. Véase al respecto J. Zalles, "Suma Cero, la Tradición Contenciosa y las Teorías Contemporáneas de Resolución de Conflictos", *Iuris Dictio,* Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Vol. 1, No. 2, julio de 2000, pp. 65-74; y J. Zalles, *Barreras al diálogo y al consenso*, Bogotá y Quito, Editorial NORMA, 2004, capítulo 5, "Concepciones sociales antidemocráticas", pp. 77-100.

El análisis de estas cuatro importantes realidades contemporáneas no pretende sustentar la afirmación de que recién en el último siglo se han comenzado a dar desenlaces Gana, Gana de conflictos humanos. Al contrario, desenlaces mutuamente satisfactorios se han dado en muchísimos conflictos en el transcurso de la historia, poniendo en evidencia la intuitiva capacidad humana para abrirse hacia "el Otro", considerar legítimas no solo las necesidades y aspiraciones propias sino también las del otro, y encontrar maneras, que pueden llegar a ser altamente creativas, de conciliar esas necesidades y aspiraciones en conflicto.

Lo que sí es claramente razonable afirmar es que el contexto cultural e institucional dentro del cual se dio el fallo de la CIJ en el diferendo Perú-Chile está menos dominado por el sesgo *suma cero* y es, en consecuencia, mucho más esperanzador de lo que era aquel en medio del cual se hubiese podido intentar dirimir la disputa hace un siglo.

A principios del siglo 20, el paradigma dominante en las mentes de la vasta mayoría de seres humanos era, sin duda, el paradigma *suma cero.* Las relaciones internacionales estaban dominadas por el realismo, la imposición, con frecuencia abusiva, de los intereses de las grandes potencias, y la teoría del equilibrio del poder. No existían las instituciones a través de las cuales se está trabajando hoy en día en la búsqueda mancomunada de resolución de los conflictivos problemas que enfrentamos todos. Tampoco existían ni los marcos teóricos y metodológicos que iluminan ese trabajo conjunto, ni su cada vez mayor difusión de ellos, no solo académica sino también práctica a través de los medios alternativos.

Hoy, como se ha señalado, vivimos bajo la creciente influencia del "wilsonismo" y su inyección de constructivas actitudes y prácticas en las relaciones internacionales; del desarrollo de la ONU y todo su conjunto de instituciones, programas, convenciones, procesos e influencias; de los marcos teóricos y metodológicos del manejo y la resolución de conflictos que han vuelto a este

campo una prominente disciplina académica contemporánea; y de la aplicación de los MASC en casi todo el mundo. Recordando a los autores de *Psychology and the Prevention of Nuclear War*[55], el análisis acá presentado permite pensar que los humanos sí somos capaces de avanzar hacia algo mejor que la mera destrucción mutua.

Sin embargo, es importante también reconocer que aún tiene un largo camino por recorrer la transición que se inició hace un siglo hacia una más frecuente aplicación, cuando es apropiado aplicarlo, del paradigma *suma positiva*. La visión del orden internacional que propuso Woodrow WILSON no es compartida por todos, ni siquiera por una clara mayoría de los principales actores de la política internacional; sigue existiendo profundo escepticismo en muchas latitudes con relación a la validez conceptual, la utilidad práctica y la eficacia de la ONU y de la estructura institucional más amplia del multilateralismo; y los marcos conceptuales y metodológicos del manejo y la resolución de conflictos y los diversos caminos para su difusión y aplicación siguen siendo conocidos y efectivamente aplicados por solo una pequeña minoría de la humanidad.

Son muchas las posibilidades que tiene toda persona de contribuir a la transición que está en curso hacia una menor influencia del sesgo *suma cero*. Entre esas posibilidades, hay dos que parecen especialmente importantes.

La primera es que quienes acuden como partes en conflicto a procesos judiciales o arbitrales, sus abogados u otros asesores, y jueces y árbitros tomen plena conciencia de que fallos judiciales y laudos arbitrales en derecho no tienen porqué derivar necesariamente en desenlaces *suma cero*. Existe en las mentes de muchos la idea, que es errónea como lo demuestra el fallo de la Corte acá presentado, de que sentencias judiciales o laudos arbitrales en derecho solo pueden llevar a que una parte gane y la otra pierda. El fallo de la Corte en el diferendo Perú-Chile fue incuestionable-

55. Véase, N. 50.

mente *suma positiva*, pues dio sustancial satisfacción a las aspiraciones y razones de ambas partes. Esa satisfacción, como se acaba de señalar, fue sustancial pero no total, y distintas personas de un lado y del otro de la disputa juzgarán de distintas maneras, con una inevitable dosis de subjetividad, en qué medida "ganó" cada una de las partes. Sin perjuicio de todo ello, sigue siendo razonable considerar que el fallo fue *suma positiva*. Dado esto, dicho fallo debe servir de estímulo a que, cuando los derechos y las razones asisten a ambas, las partes en conflicto y quienes les asesoran y apoyan reconozcan el legítimo potencial de una resolución *suma positiva* ante una instancia arbitral o judicial, y se haga de tal resolución un decidido objetivo, en contradicción consciente del sesgo *suma cero*.

La segunda y mucho más amplia posibilidad de apoyar la progresiva reducción de ese sesgo en el manejo de los conflictos humanos consiste en el afianzamiento de las cuatro realidades contemporáneas que han sido analizadas, que constituyen un conjunto mutuamente reforzante de ideas, valores, actitudes e instituciones. Si el espíritu que anima estas nuevas realidades es desarrollado adecuadamente, puede cambiar profundamente, para bien, el curso de la vida humana.